

Juridiske identitetsspørsmål

Belyst ved eksempler fra strafferetten og straffeprosessen

Kandidatnummer: 212

Leveringsfrist: 10. april 2008

Til sammen 38.570 ord

08.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Avgrensning av oppgavens rettsdogmatiske del	3
1.3	Den videre fremstilling	6
<u>2</u>	<u>OVERORDNEDE PERSPEKTIVER PÅ JURIDISKE IDENTITETSSPØRSMÅL</u>	<u>7</u>
2.1	Hva kapittelet omhandler	7
2.2	Generelt om identitetsspørsmål.....	7
2.2.1	Begreps-, identitets- og individuasjonsspørsmål	7
2.2.2	Nærmere inndeling av identitetsspørsmålene. Innholdsfokuserte og koherensfokuserte identitetsspørsmål.	9
2.3	Fremgangsmåten ved løsning av innholdsfokuserte identitetsspørsmål	12
2.3.1	Problemstilling.....	12
2.3.2	Rettsanvendelsen som en avveiningsprosess	13
2.3.3	Identitetskriterier som skjulte avveiningsmarkører.....	17
2.3.4	Et blikk bakover og et fremover. Overgang til en prinsippmodell.....	20
2.4	Prinsipper ved løsning av koherensfokuserte identitetsspørsmål. Konvergens og divergens.....	22
2.4.1	Innledning	22
2.4.2	Presentasjon av en prinsippmodell	23
2.4.3	Prinsippenes betydning under overveielsene og ved begrunnelsen	30
2.4.4	Noen presiseringer	34
2.4.4.1	Konvergens og divergens som navn på et resultat	34
2.4.4.2	Skillet mellom normfragmenter og fullstendige normer	35
2.5	Valg av prinsipp ved løsning av koherensfokuserte identitetsspørsmål	36

2.5.1	Problemstilling.....	36
2.5.2	Lovgiver har tatt stilling til identitetsspørsmålet	36
2.5.3	Lovgiver har ikke tatt stilling til identitetsspørsmålet.....	38
2.5.4	Oppsummering	46
2.6	En strafferettslig og en eller flere straffeprosessuelle identitetslærer?.....	47
<u>3</u>	<u>REALKONKURRENS.....</u>	<u>49</u>
3.1	Innledning	49
3.2	Reglenes betydning	49
3.2.1	Foreldelse.....	49
3.2.2	Strafferammene	50
3.2.3	Norsk straffelovgivnings stedlige virkeområde	51
3.2.4	Den strafferettslige klassifikasjon av handlingen	52
3.3	Legislativ begrunnelse for reglene om realkonkurrens.....	52
3.3.1	Innledning	52
3.3.2	Foreldelse.....	53
3.3.3	Strafferammene	53
3.3.4	Norsk retts stedlige virkeområde	55
3.4	Identitetsvurderingen.....	55
3.4.1	Innledning	55
3.4.2	Identitetsvurderingen baseres på slutninger fra lovtekstens ordlyd	56
3.4.3	Identitetsvurderingen baseres ikke på slutninger fra lovtekstens ordlyd	58
3.4.3.1	Problemstilling	58
3.4.3.2	Tidsforløpet	59
3.4.3.3	Gjerningsstedet.....	61
3.4.3.4	Forsettets enhet.....	61
3.4.3.5	Antall fornærmede	62
3.4.3.6	Forbrytelsens karakter	64
3.4.3.7	Straffverdighet	64
<u>4</u>	<u>TILTALEBESLUTNINGENS INNHOLD.....</u>	<u>66</u>

4.1	Innledning	66
4.2	Regelens betydning	67
4.3	Legislativ begrunnelse for reglen om spesifikasjon av tiltalebeslutningen.....	68
4.3.1	Problemstilling.....	68
4.3.2	Tiltalen skal individualisere det straffbare forhold	68
4.3.3	Kontroll med påtalemyndighetens rettsanvendelse.....	69
4.3.4	Rettsikkerhet	69
4.3.5	Hensynet til en praktikabel straffeprosess	70
4.4	Identitetsvurderingen.....	71
<u>5</u>	<u>BEVIS- OG VOTERINGSTEMAET</u>	<u>76</u>
5.1	Innledning	76
5.2	Reglenes betydning	76
5.3	Legislativ begrunnelse for reglene om bevis- og voteringstemaet	79
5.3.1	Problemstilling.....	79
5.3.2	Hensynet til den alminnelige rettsfølelsen	79
5.3.3	Rettsikkerhet	80
5.3.4	Hensynet til en praktikabel straffeprosess	81
5.4	Identitetsvurderingen.....	81
<u>6</u>	<u>FORTSATT FORBRYTELSE I TEORI OG PRAKSIS. KONVERGENS ELLER DIVERGENS?</u>	<u>83</u>
6.1	Hva kapittelet omhandler	83
6.2	Hvilket prinsipp legges til grunn i den juridiske teori?	83
6.3	Hvilket prinsipp legges til grunn i høyesterettspraksis?	89
6.3.1	Problemstilling.....	89
6.3.2	Om å slutte fra domsbegrunnelser til dommerens valg av prinsipp	89

6.3.3	Konvergens eller divergens?.....	92
6.3.3.1	Innledning	92
6.3.3.2	Tiltalebeslutningens innhold vs. forhøyelse av strafferammen	95
6.3.3.3	Tiltalebeslutningens innhold vs. foreldelse	98
6.3.3.4	Bevis- og voteringstemaet vs. forhøyelse av strafferammen.....	98
6.3.3.5	Bevis- og voteringstemaet vs. foreldelse.....	101
6.3.3.6	Bevis- og voteringstemaet vs. tiltalebeslutningens innhold	103
6.3.3.7	Foreldelse vs. forhøyelse av strafferammen.....	104
6.3.4	Sterk eller svak konvergens?	105
7	<u>STERK OG SVAK KONVERGENS – NOEN PRINSIPIELLE FORSKJELLER</u>	107
7.1	Problemstilling	107
7.2	Betydningen for argumenttilfanget.....	107
7.3	Betydningen av at identitet er konstatert	112
8	<u>VALG AV PRINSIPP.....</u>	113
8.1	Problemstilling	113
8.2	Normativ vurdering.....	113
8.3	Rettsanvenderens handlingsrom ved valg av prinsipp.....	122
8.3.1	Problemstilling.....	122
8.3.2	Kan en slutning til det faktiske valg av prinsipp også utgjøre et normativt argument i henhold til prejudikatlæren?.....	123
8.3.3	Domsargumentenes vekt i forhold til reglene om realkonkurrens, tiltalebeslutningens innhold og bevis- og voteringstemaet	130
9	<u>AVSLUTNING.....</u>	132
10	<u>LITTERATUR.....</u>	A
11	<u>REGISTRE.....</u>	I

11.1	Lover	I
11.1.1	Opphevede lover	I
11.1.2	Gjeldende lover	I
11.1.3	Endringslover	I
11.1.4	Lover som ikke har trådt i kraft	J
11.2	Konvensjoner	J
11.3	Forarbeider	J
11.3.1	Utredninger	J
11.3.2	Odelstingsproposisjoner	J
11.4	Rettspraksis	K
11.4.1	Høyesterettsavgjørelser	K
11.4.2	EMD-avgjørelser	M

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Avhandlingen tar for seg juridiske identitetsspørsmål.¹ Identitet, i den betydning uttrykket vil bli benyttet her, er et *relasjonsbegrep*. Det hviler på et grunnsyn om man faktisk eller begrepsmessig kan skille mellom ulike fenomener. Identiteten til A uttrykkes gjennom avgrensningen mot – og dermed relasjonen til – B, C osv. Identitetsspørsmålet oppstår der det spørres om hvordan denne avgrensningen skal foretas.

Lovtekster kan foranledige to typer identitetsvurderinger. Der identitet uttrykkelig utgjør et av rettsfaktaene i en bestemmelse, kan loven sies å gi anvisning på en *eksplisitt* identitetsvurdering. Eksempelvis når man må ta stilling til hvilket ”krav” som er avgjort ved en rettskraftig dom i en sivil sak, jf. tvisteloven § 19-15. Det fremgår her direkte av lovbestemmelsen at det må foretas en avgrensning av hva som er ett krav, og hva som er et annet. Det typiske trekket ved denne typen bestemmelser er at de inneholder *identitetskriterier*, f.eks. ”kravet”, ”tvistegjenstanden”, ”det forhold tiltalen gjelder”, osv.²

Identitetsspørsmål kan imidlertid oppstå selv om lovteksten ikke inneholder kriterier av denne art. Når det f.eks. spørres om ordet ”vold” har samme innhold i straffeloven §§ 228, 229 og 127, må det tas stilling til hvorvidt dette uttrykket betyr ”det samme” i de tre paragrafene. Ut fra den definisjon av identitet som er gitt ovenfor, er også en slik problemstilling et identitetsspørsmål. Spørsmålet oppstår imidlertid ikke i kraft av

¹ Enkelte av de forhold som her vil bli betegnet som identitetsspørsmål, ville av enkelte blitt klassifisert som individuasjonsspørsmål. Se om begrepsbruken nedenfor i punkt 2.2.1.

² For en nærmere redegjørelse for identitetskriterienes funksjon, se nedenfor i punkt 2.3.3.

bestemmelsenes ordlyd, men av at flere bestemmelser skal ses i sammenheng.³

Bestemmelser som gir opphav til denne typen spørsmål kan sies å inneholde *implisitte* identitetsvurderinger.⁴

Utfallet av en eksplisitt identitetsvurdering vil ha direkte betydning for innholdet av de rettslige normene som regulerer et gitt tilfelle. Å besvare identitetsspørsmålet blir derfor et nødvendig ledd i rettsanvendelsen. Implisitte identitetsvurderinger er det derimot ikke alltid like tvingende nødvendig å foreta. En kan nøye seg med å anvende en bestemmelse, uten å vurdere hvorvidt denne har samme rettslige innhold som en annen. Det er imidlertid ikke dermed sagt at det er uten juridisk interesse å ta standpunkt til slike spørsmål. Svaret vil kunne ha betydning for hvordan argumentasjonen for et bestemt resultat kan legges opp. Anses f.eks. to bestemmelser å ha samme innhold, er det legitimt å påberope seg momenter tilhørende den ene regelen ved fortolkningen av den andre.

Siktemålet med avhandlingen er å foreta en nærmere analyse av identitetsspørsmål i jussen.⁵ Dette gjøres dels gjennom en fremstilling av noen utvalgte regler i strafferetten og straffeprosessen som knytter rettsvirkninger til sontringen mellom ett og flere straffbare forhold. De metodiske grepene som benyttes i drøftelsen av enkeltreglene er imidlertid tiltenkt å kunne anvendes også overfor andre identitetsregler enn de avhandlingen direkte befatter seg med. Jeg forsøker altså å utvikle et analyseapparat som vil kunne være til hjelp ved løsning av andre identitetsspørsmål enn de avhandlingen behandler.

³ Derimot kan *andre* bestemmelser tvinge oss til å sonde mellom en og flere overtredelser av f.eks. § 228, eksempelvis dersom aktor hevder at strafferammen skal forhøyes pga. realkonkurrens, jf. strl. § 62. Men den eksplisitte identitetsvurderingen foranlediges her av § 62, ikke § 228.

⁴ Mot denne begrepsbruken kan det innvendes at det ikke er den enkelte bestemmelse som ”inneholder” identitetsvurderingen, da kimen til identitetsspørsmålet ligger i forsøket på å se rettssystemet i sammenheng.

⁵ Eng: *Rettsfilosofi* s. 491-492 skiller mellom utsagn som er en del av jussen, og utsagn som er rett.

Førstnevnte utsagnstype kjennetegnes ved at avgiveren anvender rettskildelæren, mens sistnevnte foreligger der utsagnet i henhold til rettskildelæren er relevant ved fastleggelsen av gjeldende rett. Høyesteretts utsagn er i et slikt perspektiv både juss og rett. I denne fremstillingen sondres det ikke mellom disse størrelsene.

Drøftelsene foregår derfor på to plan. På det generelle plan søker jeg særlig å klarlegge visse *strukturer* i rettsanvendelsen som gjør seg gjeldende der flere bestemmelser ses i sammenheng. Videre ses det på hvilke strukturer det er hensiktsmessig å legge til grunn i forskjellige situasjoner. På det spesielle plan gjennomgås et utvalg av strafferettslige og straffeprosessuelle regler, med henblikk på å fastslå hvordan de anvendes i praksis. Det blir her både spørsmål om hvorledes identitetsvurderingen etter den enkelte bestemmelsen foretas, og hvordan reglene forholder seg til hverandre (mellom de to ting er det for øvrig nære forbindelseslinjer).

I avhandlingens tre siste kapitler vil de to perspektivene inngå i et samspill – de generelle perspektivene eksemplifiseres gjennom bruk av de konkrete reglene avhandlingen har befattet seg med. Dette vil kunne avdekke hvorvidt det generelle begrepsapparatet lar seg operasjonalisere. På den andre siden vil de generelle perspektivene bidra til å utdype drøftelsene av identitetsspørsmålene som de enkelte regelsettene gir opphav til. De to perspektiver er således egnet til gjensidig belysning.

1.2 Avgrensning av oppgavens rettsdogmatiske del

Avhandlingen vil ta for seg regler i strafferetten og straffeprosessen som har eksplisitte identitetsvurderinger på sin rettsfaktaside. Identitetsspørsmålene har på disse rettsfelt vært gjenstand for en del diskusjon i teorien, og de har også vært hyppig fremme i rettspraksis. Forholdene ligger derfor godt til rette for en nærmere analyse. Plasshensyn gjør det imidlertid nødvendig å begrense drøftelsene til noen utvalgte regler. I inneværende punkt skal det gis en oversikt over bestemmelser i strafferetten og straffeprosessen som foranlediger eksplisitte identitetsvurderinger, før det foretas en nærmere avgrensning av de reglene som vil bli behandlet mer utførlig.

I *strafferetten* melder identitetsspørsmål seg i forhold til reglene om konkurrens. Av disse har vi to hovedtyper. Idealkonkurrensreglene avgjør hvorvidt én handling utgjør overtredelse av flere straffebud, mens realkonkurrensreglene regulerer hvorvidt flere

handlinger skal anses som én fortsatt forbrytelse.⁶ Sondringene har betydning i forhold til flere bestemmelser i straffeloven som vektlegger hvorvidt det er begått ett eller flere lovbrudd. Virkningene av dette fremstilles mest hensiktsmessig i sammenheng med reglene om realkonkurrens, se nedenfor i punkt 3.2.⁷

Samtykke, som etter forholdene kan utgjør en straffrihetsgrunn, kan under visse forutsetninger gi opphav til identitetsvurderinger. Er et samtykke avgitt av en person som befant seg i villfarelse om relevante faktiske omstendigheter, kan dette medføre at straffansvar likevel kommer på tale – det er da ikke tale om et *informert* samtykke.⁸ Resultatet kan forklares på ulike måter: 1) samtykket er oppnådd gjennom utnyttelse av en villfarelse med hensyn til konsekvensene av den aktuelle handlemåten, 2) etter en konkret tolking omfattet ikke samtykket den aktuelle handlingen, eller 3) samtykket gjaldt reelt sett en annen handling enn den gjerningsmannen senere utførte.⁹ Samtykke til seksuell omgang omfatter f.eks. ikke faren for å bli smittet av en kjønnssykdom – dette kan kvalitativt sett ses som en annen handling (straffansvar forutsetter selvfølgelig også i slike tilfeller at den smittede har utvist subjektiv skyld).¹⁰ Identitet er imidlertid i slike tilfeller navn på et resultat som følger av en avveining andre momenter enn de som typisk inngår i en strafferettslig identitetsvurdering. Emnet forfølges derfor ikke videre her.

I *straffeprosessen* oppstår identitetsspørsmål i følgende relasjoner:

1. Ved bruk av tvangsmidler etter straffeprosessloven kap. 14 til 17 er det normalt et vilkår at det foreligger en større eller mindre grad av mistanke om at et lovbrudd er begått. I hovedsak er det således ikke tillatt å anvende tvangsmidler overfor antasiperte lovbrudd, jf. dog strpl. § 222d og politil. § 17d. Der det foreligger en

⁶ Uttrykket ”forbrytelse” er i det følgende ikke ment som et motstykke til ”forseelse”. Min terminologi avviker således fra begrepsbruken i straffeloven av 1902. Ut fra formålet med fremstillingen er det ikke nødvendig å foreta en sontring langs disse linjer. Skillet er heller ikke videreført i straffeloven av 2005, jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 56-57. I det følgende benyttes ”forbrytelse” synonymt med ”straffbart lovbrudd”.

⁷ Dansk rett bygger også på skillet mellom real- og idealkonkurrens, se f.eks. Waaben: *Strafferettens almindelige del I* s. 98. Svensk rett bygger på et annet begrepsapparat, se f.eks. Ulväng: *Påföljdskonkurrens – problem och principer* s. 22-49 og Jareborg: *Allmän kriminalrätt* s. 430-454.

⁸ Eskeland: *Strafferett* s. 259.

⁹ Se nærmere Andorsen: *Strafferettslig samtykke* s. 449-451.

¹⁰ Andorsen: *Strafferettslig samtykke* s. 450.

fortsatt forbrytelse, har det imidlertid vært antatt at tvangsmidler også kan anvendes overfor forhold som inngår i den pågående virksomhet, men som ennå ikke er begått.¹¹

2. Er en strafforfølgning henlagt, kan den bare gjenopptas på bestemte vilkår, jf. strpl. § 74. Her kan det bli spørsmål om hvilket forhold som skal anses henlagt.
3. Tiltalebeslutningen skal inneholde opplysninger om hvilket straffebud som anses overtrådt, og en kort, men så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av ”det forhold tiltalen gjelder”, jf. strpl. § 252 første ledd nr. 4. En tilsvarende regel gjelder for forelegg, jf. strpl. § 256 første ledd nr. 3. Krav til tiltalebeslutningen følger også av EMK art. 6 litra a. Bestemmelsen gir siktede rett til å bli ”informed [...] in detail, of the nature and cause of the accusation against him”. Det er normalt tiltalebeslutningen som innehar denne informasjonsfunksjonen i norsk rett.
4. Aktor kan under hovedforhandlingen foreta endringer i tiltalebeslutningen, så lenge dette ikke endrer det straffbare forholdets identitet, jf. strpl. § 254 tredje ledd. Innebærer endringen at nye straffbare forhold trekkes inn, kreves derimot samtykke fra retten, jf. strpl. § 254 andre ledd. I slike tilfeller må aktor også ha kompetanse til å ta ut tiltale etter det aktuelle straffebudet, en begrensning som ikke gjelder ved endringer innenfor samme forhold.
5. Ved fastleggelsen av bevis- og voteringstemaet skal hvert straffbare forhold utgjøre et selvstendig tema. For lagrettesaker følger dette direkte av strpl. § 364 andre ledd, men samme prinsipp antas å gjelde generelt.
6. Rettens kompetanse til å felle dom er begrenset til å gjelde ”det forhold” tiltalen gjelder, jf. strpl. § 38.
7. Domsgrunnene skal etter strpl. § 40 andre ledd ”bestemt og uttømmende angi det saksforhold retten har funnet bevist som grunnlag for dommen”. Dersom det legges til grunn at det foreligger en fortsatt forbrytelse, gjelder spesifikasjonskravet forholdet som sådan. Er det derimot tale om en rekke enkelthandlinger, må domsgrunnene oppfylle kravene for hver enkelt handlings del.

¹¹ NOU 2004:6 s. 33 og 173, Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 42-43 og Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 226-228.

8. Dommens rettskraftvirkning er begrenset til å gjelde det ”krav som er avgjort”, jf. strpl. § 51.
9. Etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens syvende tilleggsprotokoll art. 4 kan ingen dømmes for ”an offence for which he has already been finally acquitted or convicted”.

Avhandlingens rettsdogmatiske deler er begrenset til å gjelde realkonkurrensreglene i strafferetten (kap. 3), de straffeprosessuelle bestemmelsene om tiltalebeslutningens innhold (kap. 4) og reglene om rettens bevis- og voteringstema (kap. 5). Disse reglene aktualiseres i rettspraksis ofte av samme faktum, og det består derfor en nær sammenheng mellom dem. Reglene er videre representative for den typen identitetsspørsmål som strafferetten og straffeprosessen gir opphav til. De generelle trekk ved identitetsvurderingene som fremheves, vil således kunne ha overføringsverdi til andre identitetsspørsmål innenfor de to fagene.

1.3 Den videre fremstilling

I kapittel 2 presenteres de generelle perspektivene som den videre fremstillingen bygger på. I kapittel 3 – 5 gjennomgås de konkrete regelsettene som ble nevnt ovenfor i punkt 1.2. Siktemålet er ikke å gi en kasuistisk oppregning av hvorledes ulike typetilfeller løses, men snarere å fremheve fremgangsmåten (metoden) ved anvendelsen av den enkelte regel. I kapittel 6 ses de tre regelsettene i sammenheng, ved hjelp av det begrepsapparat som ble lagt til grunn i kapittel 2. I kapittel 7 ses det nærmere på hvilke følger konklusjonen i kapittel 6 har. Dette danner bakgrunnen for en vurdering av rettstilstandens ønskelighet i kapittel 8. I kapittel 9 samles trådene fra de forutgående drøftelsene.

2 Overordnede perspektiver på juridiske identitetsspørsmål

2.1 Hva kapitlet omhandler

Kapitlet legger det teoretiske grunnlaget for den videre behandlingen av identitetsspørsmålene. Det ses nærmere på hva identitetsspørsmål er, og hvordan de kan inndeles i to hovedtyper: de innholdsfokuserte og de koherensfokuserte (punkt 2.2). Det ses deretter på hvordan innholdsfokuserte identitetsspørsmål typisk løses (punkt 2.3). Deretter rettes fokuset mot de koherensfokuserte identitetsspørsmålene. Det ses først på et sett med prinsipper som kan tenkes å øve innflytelse på løsningen av slike spørsmål (punkt 2.4), og det gis deretter en redegjørelse for hvilket prinsipp som bør velges i forskjellige situasjoner (punkt 2.5). Avslutningsvis drøftes hvorvidt det er realistisk å operere med mer enn én identitetslære i strafferetten og straffeprosessen (punkt 2.6).

2.2 Generelt om identitetsspørsmål

2.2.1 Begreps-, identitets- og individuasjonsspørsmål

Det kan trekkes et grunnleggende skille mellom identitets- og individuasjonsspørsmål på den ene side, og definisjoner og karakteristikk på den andre.

Behovet for begrepsavklaring løses gjennom definisjoner, utsagn som bidrar til å fastlegge språklige størrelsers betydning. Karakteristikk er utsagn som omhandler kjennetegnene ved ting som faller inn under en forutsatt definisjon.¹² Men selv om et fenomen er definert og dets karakteristika er brakt på det rene, kan det være tvilsomt hvorvidt fenomenet er det

¹² Eng: *Rettsfilosofi* s. 12-16 og *U/enighetsanalyse* s. 28 og 35-36.

samme over tid (identitetsspørsmålet), eller hvorvidt det er tale om ett eller flere fenomener (individuasjonsspørsmålet).¹³

Denne sontringen er sentral for å få grep om de problemstillingene som drøftes i denne avhandlingen. Ta f.eks. et utsagn om at Peder Ås har begått en ”straffbar handling”. Man kan her spørre hvordan dette begrepet skal fastlegges (gjennom en definisjon), eller hvilke typiske trekk fenomenet ”straffbar handling” har (gjennom karakteristikker). Atskilt fra dette har vi identitets- og individuasjonsspørsmålene. Spørsmålet er f.eks. om Peders handlinger er å anse som selvstendige lovbrudd i realkonkurrens eller konstituerer en fortsatt forbrytelse (hvilket i tilfelle utgjør et individuasjonsspørsmål). Eller det kan bli spørsmål om saken mot Peder må avvises som rettskraftig avgjort ved en tidligere dom – altså om den foreliggende tiltalen gjelder samme forhold som den forutgående saken (hvilket utgjør et identitetsspørsmål).

Skillet mellom definisjoner og karakteristikker på den ene side, og individuasjon og identitet på den andre, er prinsipielt sett nyttig. Det er tale om ulike utsagnstyper, som tjener ulike formål. Derimot er det i den juridiske språkbruk vanlig å sette likhetstegn mellom individuasjons- og identitetsspørsmål. Både i teorien og i rettspraksis betegnes eksempelvis grensedragningen mellom en fortsatt forbrytelse og en rekke suksessive lovbrudd som et identitetsspørsmål.¹⁴ I forhold til formålet med dette arbeidet er en slik terminologi presis *nok*.¹⁵ I den følgende fremstillingen vil termen identitetsspørsmål derfor også benyttes om individuasjonsspørsmål. Ved lesing av andre tekster, f.eks. av

¹³ Eng: *Rettsfilosofi* s. 26-28.

¹⁴ Noen eksempler: Eskeland: *Strafferett* uttaler på s. 232: ”En tiltale vil alltid gjelde en bestemt handling (eller handlingsrekke) av en bestemt art, som ble utført på et bestemt sted og på en bestemt tid. Det er denne beskrivelsen som bestemmer forholdets *identitet*” (Eskelands utheving). Hov: *Rettergang II* taler gjennomgående om ”identitetsspørsmålet” (se f.eks. s. 314-316), selv om han også behandler problemstillinger knyttet til størrelsen fortsatt forbrytelse (se f.eks. s. 317).

¹⁵ Dette kan begrunnes med at en sontring mellom identitet og individuasjon *innenfor rammen av dette arbeidet* ikke ville pekt på noen kjennetegn av interesse ut over selve begrepskriteriene. Se Eng: *Rettsfilosofi* s. 533-534 om dette aspektet ved begrepsdannelser.

språkfilosofisk art, vil man imidlertid kunne møte på sontringen mellom de to størrelsene.¹⁶

2.2.2 Nærmere inndeling av identitetsspørsmålene. Innholdsfokuserte og koherensfokuserte identitetsspørsmål.

I forrige punkt ble det innført et skille mellom identitet, definisjoner og karakteristikk. Tanken om å skille mellom identitet og individuasjon ble derimot forkastet. I inneværende punkt skal det imidlertid foretas en todeling identitetsspørsmålene. Det skal skilles mellom *innholdsfokuserte* og *koherensfokuserte* identitetsspørsmål.¹⁷

Bestemmelser som inneholder identitetskriterier, gir i kraft av sin ordlyd opphav til identitetsspørsmål. Identitetsvurderingen angår i slike tilfeller forholdet mellom den generelle normen og det konkrete saksforholdet, og kan derfor sies å gå på tvers av skillet mellom juss og fakta.¹⁸ Slike identitetsspørsmål kalles her *innholdsfokuserte*, da de angår innholdet av en generell identitetsnorm.

Som nevnt i punkt 1.1 kan identitetsspørsmål imidlertid også oppstå i en annen dimensjon, når flere bestemmelser ses i sammenheng. Med dette forstås tilfellene der spørsmålet er hvorvidt uttrykket A i lovbestemmelse x har samme rettslige innhold som det tilsvarende eller lignende uttrykket B i lovbestemmelse y. Identitetsspørsmålet gjelder her forholdet mellom to eller flere språklige uttrykk, og normene disse anses å vise til. Spørsmålet har i utgangspunktet ingen forbindelse med faktum. Denne typen identitetsspørsmål kalles her *koherensfokuserte*, da de angår sammenhengen mellom flere bestemmelser.

¹⁶ Et skille mellom individuasjon og identitet finnes bl.a. hos Eng: *Rettsfilosofi* s. 26 og Sundby: *Om normer* s. 390.

¹⁷ Dersom avhandlingen hadde bygget på et skille mellom individuasjonsspørsmål og identitetsspørsmål, ville sontringen mellom innholdsfokuserte og koherensfokuserte spørsmål gått på tvers av dette.

¹⁸ Dette må ikke tas til inntekt for et rent dikotomisk syn på forholdet mellom juss og fakta. Det består en rekke sammenhenger mellom disse to størrelsene, og en absolutt oppdeling lar seg neppe opprettholde i praksis, se Eckhoff: *Rettskildelære* s. 33-35 og Aarbakke: *Harmonisering av rettskilder* s. 515-518.

Det er viktig å påpeke at løsningen på det koherensfokuserte identitetsspørsmålet vil kunne ha betydning også i den innholdsfokuserte dimensjon. Dersom f.eks. to bestemmelser anses å vise til samme norm, vil rettskildefaktorene som knytter seg til den ene bestemmelsen (f.eks. rettspraksis, forarbeider mv.) kunne anvendes også ved fortolkningen av den andre (se nærmere i kap. 7.2). Dette vil kunne prege hvilket rettslig innhold normen anses å ha, noe som igjen vil spille inn på bedømmelsen av fakta.

Det er derfor grunn til å presisere terminologien på dette punkt. Det tales om *innholdsfokuserte* og *koherensfokuserte* identitetsspørsmål. Suffikset er ment å understreke at typen spørsmål kun refererer til rettsanvenderens valg av perspektiv. Ved de innholdsfokuserte spørsmål er fokus rettet mot innholdet av én norm og dennes forhold til fakta, ved koherensfokuserte spørsmål på forholdet mellom flere normer. Det er ikke tale om vanntette skott, og det vil ofte kunne finne sted en vekselvirkning – særlig der samme faktum skal bedømmes i forhold til to ulike identitetsregler.

Det kan så spørres hvordan skillet mellom de to spørsmålstypene kan relateres til sondringen mellom eksplisitte og implisitte identitetsvurderinger (se punkt 1.1). Bestemmelser som inneholder eksplisitte identitetsvurderinger vil kunne gi opphav til identitetsspørsmål både på det koherensfokuserte og det innholdsfokuserte planet. Det kan således både bli spørsmål om å fastslå hvordan identitet som rettsfaktum i den enkelte bestemmelse skal forstås, og hvilket identitetsforhold som eksisterer mellom to eller flere lovbestemmelser som inneholder samme eller liknende uttrykk. Bestemmelser som gir opphav til implisitte identitetsvurderinger reiser derimot bare identitetsspørsmål på det koherensfokuserte planet, ettersom identitet her ikke er et rettsfaktum som direkte har betydning for bedømmelsen av fakta.

De generelle poengene i dette punktet kan illustreres ved hjelp av et eksempel: Etter strpl. § 51 kan et ”krav” som er avgjort ved en rettskraftig dom ikke gjøres til gjenstand for en ny strafforfølgning.¹⁹ Bestemmelsen knesetter således den materielle rettskraftens negative funksjon på straffeprosessens område.²⁰ En kan tenke seg at Peder Ås har blitt frikjent for tyveriet av en gjenstand, fordi det ble godtgjort at det ikke var han som borttok den.

¹⁹ Dette gjelder med unntak av gjenopptagelsesreglene i straffeprosesslovens kapittel 27.

²⁰ Hov: *Rettergang I* s. 419, Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 423-424.

Påtalemyndigheten ønsker nå å reise sak for heleri, fordi de mener Ås senere har kjøpt tingen i ond tro. Hvorvidt kjøpet gjelder et annet ”krav” enn det som ble avgjort ved tyveridommen, reiser et innholdsfokusert identitetsspørsmål. Det rettskraftige krav må avgrenses mot andre straffekrav som ennå ikke er rettergangsført.

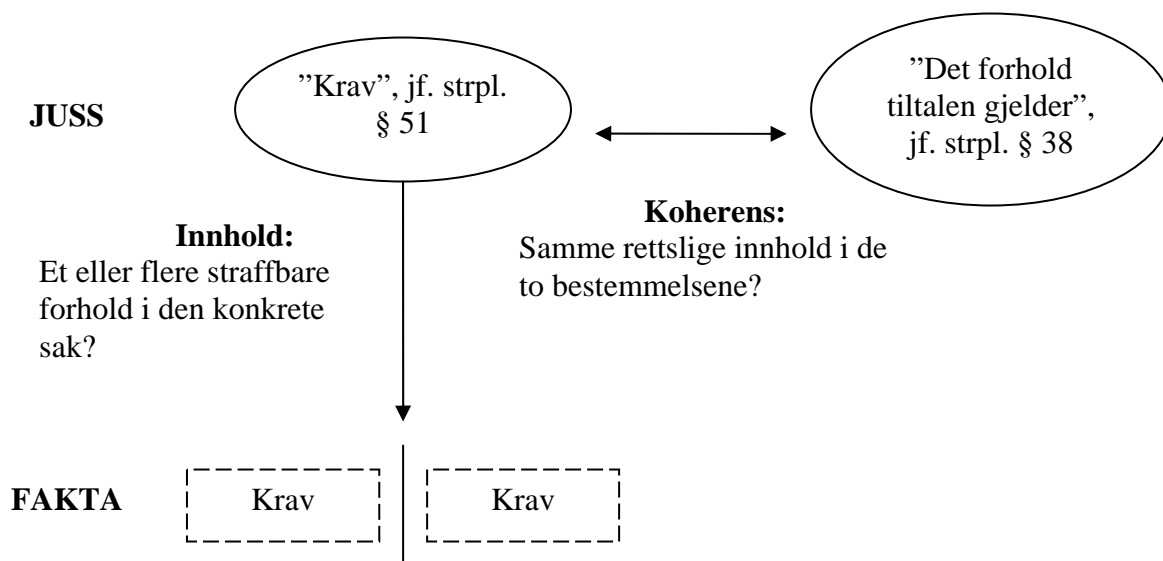
Et annet spørsmål er om grensene for rettskraftregelen i strpl. § 51 er de samme som for rettens kompetanse til å felle dom etter strpl. § 38. Det må anses på det rene at domstolen ikke kunne ha dømt Ås for heleri i stedet for tyveri i den første sak, ettersom den da ville lagt vekt på rettsfakta som lå etter tiltalebeslutningen i tid.²¹ Dersom Ås’ advokat hevder at tyveridommen også innebar en avgjørelse av heleriet, vil aktor kunne innvende at når domstolen ikke hadde anledning til å domfelle for heleri i den opprinnelige saken, vil det være inkonsistent å likevel anse forholdet som rettskraftig avgjort. Strpl. §§ 38 og 51 burde derfor tolkes på samme måte.²²

Retten *behøver* strengt tatt ikke ta stilling til dette når den skal avgjøre avvisningsspørsmålet. Den kan nøye seg med å vurdere hvorvidt strpl. § 51 kommer til anvendelse. I den grad retten begir seg inn på en drøftelse av harmoniseringsspørsmålet, har den stillet et koherensfokusert identitetsspørsmål. Problemstillingen blir hvorledes de to bestemmelsene generelt forholder seg til hverandre.

Skillet mellom koherensfokuserte og innholdsfokuserte identitetsspørsmål kan illustreres ved hjelp av en figur:

²¹ Hov: *Rettergang II* s. 318-319.

²² Jeg tar med dette ikke sikte på å innta et bestemt standpunkt til det materielle spørsmålet som her reises. Hvorvidt strpl. §§ 38 og 51 har samme innhold, drøftes av Hov: *Interesseteoriene i straffeprosessen* s. 456-457 og *Rettergang I* s. 473, Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 341 og 427, Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer I* s. 191, Matningsdal: *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom* s. 89 og 91 og Fausa: *Det straffbare forholds identitet* s. 43.



Figur 1

2.3 Fremgangsmåten ved løsning av innholdsfokuserte identitetsspørsmål

2.3.1 Problemstilling

Siktemålet med dette avsnittet er å gi en generell redegjørelse for hvordan de innholdsfokuserte identitetsspørsmålene løses. Spørsmålet knytter seg til tolkingen av bestemmelser hvor identitet er ett av rettsfaktaene, og løsningen beror derfor på en *rettsanvendelse*. Dette medfører at en står overfor et *binært par av potensielle tolkingsresultater*. Graduelle overganger er ikke mulig (i forhold til en og samme lovbestemmelse). En annen sak er at prosessen som leder en frem til konklusjonen inneholder mange dynamiske elementer, som kan bidra til å avdempe hvor absolutt denne dikotomien oppfattes.

I innværende punkt skal det ses nærmere på hvordan innholdsfokuserte identitetsspørsmål løses gjennom rettsanvendelse, og hvilke problemer dette gir opphav til.²³ Fremstillingen trekker i stor grad veksler på *Sundbys* normlære, hvor identitetskriterier oppfattes som

²³ Denne generelle gjennomgangen må suppleres med de konkrete drøftelsene i kap. 3 – 5, hvor det ses nærmere på løsningen av noen utvalgte innholdsfokuserte identitetsspørsmål.

skjulte avveiningsmarkører (punkt 2.3.3). *Sundbys* drøftelse benytter en del generelle uttrykk (herunder avveiningsnorm, regler og retningslinjer), og bygger på et grunnsyn om at rettsanvendelsen er en avveiningsprosess. Disse konseptene fordrer en viss redegjørelse før de kan benyttes, og det er hensiktsmessig å gjøre denne gjennomgangen generell (se punkt 2.3.2).

I tillegg til å danne bakteppet for den nærmere redegjørelsen for løsningen av de innholdsfokuserte identitetsspørsmålene, tjener dette punktet til å betone faren for sprikende og uforutsigbare løsninger som oppstår når rettsanvendelsen reduseres til en skjønsmessig avveining av ulike hensyn. Denne problematikken utgjør en sentral del av begrunnelsen for å operere med uttrykkene ”divergens” og ”konvergens”, som vil spille en viktig rolle i de videre drøftelsene (punkt 2.4).

2.3.2 Rettsanvendelsen som en avveiningsprosess

Prinsipielt sett er det ingen forskjell på metoden som benyttes ved løsningen av et innholdsfokusert identitetsspørsmål, og den som anvendes når andre juridiske problemstillinger skal avklares. I innværende avsnitt skal metoden for løsning av slike spørsmål tematiseres, med utgangspunkt i *Eckhoff* og *Sundbys* metodeteorier.

Den rettslige bedømmelsen fordrer en fastleggelse av en generell regel, ut fra det tilgjengelige tilfang av kilder eller ”rådata”. Deretter henføres det konkrete saksforholdet under regelen.²⁴ *Eckhoff* peker på at prosessen i stor grad er regulert av et sett med metanormer kalt *rettskildeprinsipper*.²⁵

²⁴ Fastleggelsen av den generelle regelen kalles gjerne *tolking*, mens den konkrete anvendelsen kalles *subsumsjon*. Noen skarp grense mellom de to ting lar seg vanskelig oppstille, se *Eckhoff: Rettskildelære* s. 32-33.

²⁵ Om rettskildeprinsipper generelt, se *Eckhoff: Rettskildelære* s. 19-22, og *Boe: Innføring i juss I* s. 147-149.

Proessen som leder rettsanvenderen frem til en forestilling om rettsregelens innhold, fremstilles normalt som bestående av tre suksessive stadier.²⁶ Det må spørres hvilke argumentbærere (*rettskildefaktorer*) som kan tas i betraktning (relevans), hvilke argumenter som kan utledes fra disse (slutning), og hvorledes argumentene skal samordnes (vekt/harmonisering).²⁷ Vektomgangen anser både *Eckhoff* og *Sundby* for å være regulert av et grunnprinsipp for tolking, som foreskriver at det må skje en avveining av slutningene fra de relevante rettskildefaktorene.²⁸ Hos *Sundby* sies det bl.a. om dette:

”Grunnprinsippet henviser så å si in blanco til en uspesifisert mengde av relevante momenter: Her er det enkeltnormene om tolking kommer inn i bildet, som retningslinjer ved den totalavveining grunnprinsippet statuerer.”²⁹

Sitatet inneholder en henvisning til en sentral komponent i *Sundbys* normlære – sontringen mellom *regler* og *retningslinjer*.³⁰ *Eckhoffs* rettskildelære ble også sterkt preget av dette

²⁶ Tre delingen ble første gang benyttet av Aarbakke: *Kutymen som rettskilde og Harmonisering av rettskilder*. Eckhoff opererer ikke eksplisitt med slutning som et separat stadium, se *Rettskildelære* s. 29-30.

²⁷ Enkelte forfattere hevder at man kan bli stående igjen med to tilsynelatende motstridende avveiningsresultater (”regelkollisjon”), og at slike situasjoner må løses ved bruk av *prioritetsregler* som *lex superior* osv. Helgesen har etter mitt syn fremført en overbevisende argumentasjon mot denne betraktningssmåten, se Helgesen: *Er det fruktbart å operere med begrepet ”motstrid mellom rettsregler”, eller løses problemene best via harmonisering av rettskildefaktorer alene?* Se også Eckhoff: *Harmonisering av rettskildefaktorer og motstrid mellom regler*, som fastholder det tradisjonelle synet.

²⁸ Eckhoff/Sundby: *Rettssystemer* 2. utg. s. 109, Sundby: *Om normer* s. 254-258. Samme tanke finnes hos Eng: *Rettsfilosofi* s. 170. Sundby opererer med to slike grunnprinsipper – en for tolking av skrevne normer, og en for oppstilling av normer på områder der det ikke foreligger skrevne bestemmelser. I begge tilfeller er imidlertid det sentrale at normen gir anvisning på en avveining.

²⁹ Sundby: *Om normer* s. 256 (Sundbys understreking).

³⁰ Om skillet, se Sundby: *Om normer* del 2, Eckhoff/Sundby: *Rettsystemer* 1. utgave s. 128-131 og Eng: *Rettsfilosofi* s. 164-177. Uttrykket regel (som motsetning til retningslinje) ble forlatt av Eckhoff i andre utgave av *Rettsystemer*, se s. 111-112. Sontringen mellom regler og retningslinjer er problematisk, og flere forfattere er skeptiske til skillet, se Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 89-95 og Bergo: *Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 747-768.

skillet. En regel er hos *Sundby* en norm som, når dens innhold er brakt på det rene, determinerer utfallet av saken. Retningslinjene gir på sin side anvisning på momenter som er relevante ved avveiningen, og kan videre si noe om hvilken vekt disse skal tillegges, men bestemmer ikke utfallet av rettsanvendelsen.³¹ Både *Eckhoff* og *Sundby* anser rettskildeprensippene for å være retningslinjer.³²

I tillegg til å operere med et grunnsyn om at rettsanvendelsen består i en retningslinjestyrt avveining av ulike argumenter, skiller *Sundby* ut *avveiningsnormer* som en egen underkategori normer. De uttrykk som indikerer at det skal foretas en avveining kaller han *avveiningsmarkører*. En avveiningsmarkør er *fri* dersom spørsmålet overlates til en avveining uten at normen legger føringer på hvordan denne skal foregå, og *bunden* hvis det oppstilles visse avveiningskriterier.³³ Avveiningsreglene i seg selv er normalt *regler* i *Sundbys* forstand. Når man har kommet frem til at bestemmelsen kommer til anvendelse, så gir den løsningen på saken.³⁴ Normene som regulerer hva som skal avveies og hvilken vekt disse momentene har, er derimot *retningslinjer*.³⁵

Det er grunn til å nevne at *Sundbys* normbegrep på dette punkt lider av en grunnleggende tvetydighet: Det er uklart om han ved bruk av ordet "norm" sikter til *uttrykket* eller *betydningen*.³⁶ Han skriver bl.a. om avveiningsnormer at "i mange formuleringer av slike normer forekommer det et eller flere sentrale uttrykk som direkte eller indirekte gir anvisning på at en avveining skal foretas".³⁷ Og videre at man støter på avveiningsmarkører "i fastsatte normer, f.eks. lovbestemmelser".³⁸ Særlig sistnevnte tilsier at *Sundby* her setter likhetstegn mellom uttrykk og norm. Dette skaper imidlertid problemer, fordi *Sundby* som nevnt også uttaler at avveiningsnormene normalt er regler. Dermed vil uttrykket – lovteksten – vanligvis være en regel.

³¹ *Sundby: Om normer* s. 198 og *Eckhoff/Sundby: Rettsystemer* 2. utg. s. 109-112.

³² *Sundby: Om normer* s. 254-258, *Eckhoff: Rettskildelære* s. 20. Slik også Eng: *Rettsfilosofi* s. 169.

³³ *Sundby: Om normer* s. 200-202.

³⁴ *Sundby: Om normer* s. 202-204.

³⁵ *Sundby: Om normer* s. 202.

³⁶ Se om forskjellen på uttrykk og betydning i punkt 2.4.2. *Sundby* er oppmerksom på skillet, se *Om normer* s. 72-73, hvor han benytter Ogdens tegntrekant.

³⁷ *Sundby: Om normer* s. 200.

³⁸ *Sundby: Om normer* s. 201.

Men lovteksten er bare en faktor blant flere når et rettslig spørsmål skal avgjøres. Selv den mest absolutt formulerte lovtekst blir gjennom en anvendelse av det ulovfestede grunnprinsipp for tolking bare en retningslinje for hva rettsregelen skal gå ut på.³⁹ Det er derfor nærliggende å likestille ”norm” med betydningen. Men da gir de siterte passusene liten mening. *Sundbys* fremstilling er således på dette punkt noe uklar.

Det har så langt blitt sett på det sterke innslaget av avveininger i rettsanvendelsen. Spørsmålet blir så hvilke konsekvenser dette avveiningsfokus har. Sentralt i denne sammenheng står den kjensgjerning at avveininger sjelden munner ut i sikre løsninger. Dette gjelder selv om man anser avveiningen for å være styrt av et sett med metanormer. Symptomatisk i så måte er følgende sitat hos *Eckhoff*:

”[...] avveininger må nødvendigvis bli temmelig skjønnsmessige. Riktignok gir rettskildeprinsippene en viss veiledning. De sier noe om hvilken *vekt* forskjellige argumenter har i forhold til hverandre. Men normene er langt fra eksakte.”⁴⁰

I forhold til enkle faktorkonstellasjoner lar det seg riktignok gjøre å antyde noe tilnærmet en ”hovedregel”, f.eks. at lovteksten skal gå foran en enkeltstående underrettsdom i tilfelle motstrid. Men problemet er at man i det praktiske liv sjelden møter på slike renskårne konflikter. Ofte vil en tredje faktor, f.eks. reelle hensyn, komme inn som et forstyrrende element. Den forutsigbarhet man vinner ved å formulere et noenlunde presist vektprinsipp med henblikk på tofaktorrelasjonen, fordufter dersom man i en konkret sak støter på et mer sammensatt rettskildebilde.

Man kommer ikke nødvendigvis unna problemet ved å konstruere en mer innfløkt vektmatrise med flere vektprinsipper. *Bergo* har med tyngde argumentert for at rettsanvendelsen bare blir mer komplisert og uforutsigbar.⁴¹ Et stykke på vei kan nok

³⁹ Bergo: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* s. 543, Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 92.

⁴⁰ Eckhoff: *Rettskildelære* s. 28 (Eckhoffs utheving).

⁴¹ Se Bergo: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* s. 579-587 (drøftelsen av Boes tredimensjonale vektmatrise).

formuleringen av mer spesifikke retningslinjer for vekten være et gode, fremfor å falle tilbake på en ren ”helhetsvurdering” med utgangspunkt i ”resultatets godhet”.⁴² Men blir antallet vektmomenter for stort, går vinningen langt på vei opp i spinningen.

En påtagelig konsekvens av avveiningsmodellen, er at rettsanvenderen på et eller annet tidspunkt støter på det som kan kalles et ”black box problem”.⁴³ Med dette menes at utfallet av rettsanvendelsesprosessen avhenger av en samordning som ikke fullt ut lar seg forklare. Man kan redegjøre for hvilke momenter som ble trukket inn, og gjennom vektprinsippene også komme med noen generelle bemerkninger om hvilken gjennomslagskraft de hadde, men på et eller annet tidspunkt er det inntatt et standpunkt som ikke fullt ut kan rasjonaliseres.

Et inntak til løsningen av avveiningsproblemet finnes i *Sundbys* drøftelse av ”rettskildelærens etappe 2”. Hans tanke var at det kunne tenkes å eksistere et sett med *basisnormer*, internalisert i store lag av juriststanden, som styrer utfallet av skjønnsmessige avveininger.⁴⁴ I den grad flere jurister kommer frem til samme løsning på et tilsynelatende tvilsomt avveiningsspørsmål, kan det tenkes at svaret i realiteten er diktert av disse normene. Også hos *Eckhoff* finner man spor av en slik tanke, men han er vagere enn *Sundby* når han skal forklare hva slags fenomener det i tilfelle er snakk om.⁴⁵ Både *Sundby* og *Eckhoff* nøyer seg imidlertid med å nevne muligheten, og noen mer eksakt formulering av slike basisnormer (eller andre fenomener som styrer avveiningen) har så vidt meg er bekjent ikke blitt foretatt senere, hverken av dem eller andre.⁴⁶

2.3.3 Identitetskriterier som skjulte avveiningsmarkører

Ovenfor i forrige punkt er uttrykkene avveining, regel og retningslinje presentert og eksemplifisert, med utgangspunkt i teoriene til *Eckhoff* og *Sundby*. I innværende punkt skal det ses nærmere på hvordan identitetsreglene passer inn i dette metodiske landskapet. Det er først og fremst *Sundby* som har analysert disse regeltypene.

⁴² Bergo: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* s. 586-587.

⁴³ Uttrykket er hentet fra Huser: *Avtaletolkning* s. 37. Det er et treffende uttrykk også utenfor avtaleretten, se herom Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 88-89.

⁴⁴ *Sundby: Om normer* s. 266-268.

⁴⁵ Se drøftelsen hos Bergo: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* s. 383-387.

⁴⁶ Tanken om at det finnes en grunnleggende ”nøkkel” til innsikt i alle sider av rettsanvendelsen, må nok også betraktes som en fiksjon, slik f.eks. Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 19.

Identitets- eller likhetsmarkører er hos Sundby en egen undergruppe avveiningsmarkører. Om denne gruppen avveiningsregler skriver han bl.a.:

”En rekke lovbestemmelser legger vekt på om noe er ’det samme’ som noe annet eller om det ’ligner’. Streng logisk identitet er irrelevant. De forhold som sammenlignes kan ligne på hverandre i noen henseender, men være forskjellige i andre. Det er vanligvis slik at likhet med hensyn til bestemte egenskaper ikke uten videre er avgjørende. De forskjellige likhetsrelasjoner settes opp mot ulikhetsrelasjonene, og på basis av dette foretas det en totalbedømmelse av hvorvidt forholdene alt i alt er identiske eller likeartede.

Typiske eksempler på identitetsmarkører i snevrere forstand finner vi i prosesslovene, hvor det må foretas bedømmelser av hvorvidt noe er ’samme sak’, ’samme forhold’ [...] Det er umulig å stille opp nødvendige og tilstrekkelige betingelser for at løsningen skal gå i en bestemt retning. Avgjørelsen beror på om kravene, sakene osv. alt i alt kan sies å være rettslig identiske, og de enkelte likhetsrelasjoner har herunder bare karakter av hensyn med større eller mindre vekt. Det er faktorkomplekser sett under ett som sammenlignes, de enkelte faktorer er bare momenter i positiv eller negativ retning.”⁴⁷

Sundby anser identitets- og likhetsmarkører for å være *bundne* avveiningsmarkører, da det legges føringer på hvordan vurderingen skal foretas. Straffeprosessloven § 38 gir f.eks. anvisning på at faktiske og rettslige karakteristika ved den straffbare handlingen kan virke inn på forholdets identitet. Og avveiningsmarkørene er *skjulte*, da det direkte meningsinnholdet i en identitetsregel ikke tilkjennegir at det skal foretas en avveining.⁴⁸

⁴⁷ Sundby: *Om normer* s. 220-221 (Sundbys understrekning).

⁴⁸ Sundby: *Om normer* s. 220-221. Uttrykket ”skjult avveiningsmarkør” er farlig nær å være en selvmotsigelse, se Eng: *Rettsfilosofi* s. 529-530.

Enkelte har innvendt at *Eckhoff, Sundby* og deres arvtagere overbetoner de skjønnsmessige innslagene i Høyesteretts rettskildebruk, fremfor å vektlegge fastere strukturer i rettsanvendelsen. *Bergo* har f.eks. fremhevet at man kan spore flere slike strukturer i Høyesteretts forarbeidsbruk, f.eks. subsumsjon av fakta under autoritative tekster, intensjonale tolkingsmodeller, samt systematiserende og sammenlignende metoder.⁴⁹ Som det fremgår av punkt 3.4.3, 4.4 og 5.4 nedenfor, er imidlertid de innholdsfokuserte identitetsspørsmålene i strafferetten og straffeprosessen i stor grad avveiningsbaserte.

At uttrykket avveiningsnorm passer godt på identitetsreglene, kan tilskrives det spinkle rettskildebildet man støter på når reglene skal anvendes. Ordlyden gir sjelden noe bidrag til løsningen, og forarbeidene tar som regel ikke stilling til konkrete identitetsspørsmål.⁵⁰ Det finnes en rikholdig rettspraksis omkring de fleste reglene, men full parallellitet mellom denne og det spørsmål som oppstår i en konkret sak er sjeldent.⁵¹ Rettspraksis gir kun retningslinjer for avveiningen, gjennom de momenter som Høyesterett har vektlagt i tidligere saker. Identitetsvurderingen består i en skjønnsmessig avveining av disse retningslinjene. Hvorvidt noe f.eks. er ”samme forhold” kan således ikke besvares generelt.

Ser en på de innholdsfokuserte identitetsspørsmålene denne avhandlingen drøfter, er det klart at lovgiver har losset rettsanvenderen inn i en uklar rettstilstand med åpne øyne. I sin innstilling tok f.eks. Straffelovkommisjonen avstand fra tanken om å foreta en generell lovregulering av spørsmålet. En slik lovfesting ville være ”behæftet med saadanne

⁴⁹ Bergo: *Høyesteretts forarbeidsbruk*, se f.eks. oppsummeringen på s. 944-954. Det kan imidlertid spørres hvorvidt dette representerer særlig mye nytt i forhold til tradisjonell teori, se Høgberg: *Bokanmeldelse: Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 351-353.

⁵⁰ Lovteksten i andre bestemmelser kan imidlertid bidra til å løse innholdsfokuserte identitetsspørsmål, se punkt 3.4.2.

⁵¹ Men for de identitetsspørsmål det gjelder, vil det at rettspraksis sementerer en bestemt løsning medføre at det som var et (mer eller mindre tvilsomt) vurderingssspørsmål vil nærme seg et kunnskapsspørsmål, se om denne prosessen generelt Høgberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensedragningen mellom straffbare og straffrie handlinger* s. 542-544.

Vanskeligheter, at den har liden Udsigt til med Held at kunne løses”.⁵² Dette synspunktet har også senere blitt lagt til grunn under arbeidet med ny straffelov.⁵³

Det kan spørres om det er mulig å operere med et sett med kvalifikasjonsnormer som løser identitetsspørsmålet, der man angir en uttømmende liste med rettsfakta som må foreligge for at man skal stå overfor ”samme forhold”. En slik opplisting vil medføre en rekke praktiske problemer. Listen over rettsfakta vil bli meget omfattende, og dens nærmere utforming vil by på en rekke retstekniske utfordringer – hvordan skal man f.eks. skille mellom nødvendige og tilstrekkelige betingelser for identitet, når man etter dagens rettsstilstand kun taler om momenter med større eller mindre vekt? Det er vel først og fremst denne typen vanskeligheter Straffelovkommisjonen hadde i tankene da den stilte seg avvisende til en lovfesting av når det forelå ”samme straffbare forhold”.

Men dersom vi kobler tilbake til det som ble sagt i forrige punkt, blir det enda tydeligere at et slikt prosjekt ville bli fruktløst. For dersom man lovfestet at det forelå ”samme forhold” dersom rettsfakta x eller y var oppfylt, stilles man straks overfor spørsmålet om *hvilket rettslig innhold* disse vilkårene har. Dette blir et rettsanvendelsesspørsmål, hvor man etter det ulovfestede grunnprinsipp for tolking må foreta en skjønnsmessig avveining av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende.⁵⁴ Lovteksten er her bare en faktor blant flere. Et forsøk på lovfesting medfører langt på vei bare en forskyvning av problemet. Fordelen med en mer presis angivelse av identitetskriteriene, er imidlertid at de gir vurderingen et fastere tema. Man spalter så å si opp én sort boks i en lang rekke mindre.⁵⁵

2.3.4 Et blikk bakover og et fremover. Overgang til en prinsippmodell.

Målsettingen med det inneværende avsnitt har vært å vise at løsningen av innholdsfokuserte identitetsspørsmål ikke er en mekanisk prosess. Det beror på en avveining av en rekke ulike momenter, en avveining styrt av et sett med vage vektprinsipper. Forbedringer på dette punkt vil fordre endringer i den rådende metodelære, et prosjekt som av naturlige årsaker ikke vil søkes realisert gjennom denne avhandlingen.

⁵² Straffelovkommisjonens innstilling av 1896 s. 113.

⁵³ Se f.eks. NOU 1983:57 s. 234.

⁵⁴ Se om prinsippet i punkt 2.3.2.

⁵⁵ Se om black box-konseptet i punkt 2.3.2.

Men dersom man isolerer *uforutsigbarheten* som avveiningsmodellens sentrale problem, kan det spørres hvorvidt det er mulig å redusere dette gjennom metodiske grep.

Avklaringer på det koherensfokuserte plan vil her kunne være av betydning. Dette vil kunne skave vekk andre forstyrrende elementer enn de som nærmest er en integrert del av den juridiske metoden. Det er ønskelig å få klarhet i hvilke momenter som er relevante i forhold til den enkelte regel, hvilke regler som bør harmoniseres, og hvilke som må holdes atskilt. Dette vil f.eks. besvare hvorvidt man har avgjort hva som er ”samme straffbare forhold” en gang for alle når man har vurdert spørsmålet etter strl. § 69, slik at dette også kan legges til grunn i forhold til bl.a. strl. § 62 og strpl. § 38, og hvorvidt man kan trekke inn tiden, stedet og forsettets nærhet når et straffeprosessuelt identitetsspørsmål skal avgjøres.

At en slik forutsigbarhet er et gode, fordrer dog at reglene som forutsettes å komme til anvendelse også er gode. Selv om reglene avhandlingen tar for seg lider av enkelte retts tekniske svakheter (se f.eks. punkt 3.3.3), er det etter mitt skjønn liten grunn til å besvære seg over deres eksistens som sådan. Problemet er således ikke hvilket av flere potensielle tolkingsresultater man ender opp med, men snarere at det fremstår som usikkert hvilket resultat som er det rette, og hvilke momenter som er relevante ved fastleggelsen av dette.

Ved den innholdsfokuserte identitetsvurderingen er man fortsatt henvist til å avveie argumenter mot hverandre i henhold til et nokså vagt sett med retningslinjer. I den grad man ved hjelp av det metodiske programmet i neste punkt lykkes med å sparke enkelte bråkmakere ut av den polske riksdagen, vil det altså fortsatt være en anelig forsamling igjen inne i lokalet. Anerkjennes forutsigbarhet som et gode, er imidlertid ethvert steg i retning av dette ønskelig.

2.4 Prinsipper ved løsning av koherensfokuserte identitetsspørsmål. Konvergens og divergens.

2.4.1 Innledning

I forrige punkt ble det sett på løsningen av innholdsfokuserte identitetsspørsmål – hvordan avgjør man når det foreligger identitet, der lovteksten gir anvisning på at en slik vurdering skal foretas? Svaret beror på en rettsanvendelsesprosess med mange skjønnsmessige elementer. Et særlig usikkerhetsmoment som ble trukket frem, er forekomsten av koherensfokuserte identitetsspørsmål. Det skal ses nærmere på denne typen identitetsspørsmål i dette og neste punkt.

Også slike identitetsspørsmål løses i utgangspunktet gjennom en rettsanvendelse. Når jeg i punkt 2.5 ser nærmere på hvordan spørsmålene bør besvares i ulike tilfeller, skjer dette nettopp på bakgrunn av den juridiske metode, som ble beskrevet ovenfor i punkt 2.3.2. Og når jeg i punkt 8.2 vurderer hvorvidt Høyesterett har løst de koherensfokuserte identitetsspørsmålene som avhandlingen tar for seg på en hensiktsmessig måte, skjer dette ut fra en vurdering av de rettskildefaktorene som gjør seg gjeldende.

En analyse som begrenset seg til en utelukkende rettslig vurdering, ville imidlertid forbigå et viktig punkt i stillhet. Det som slår en ved lesing av høyesterettspraksis, er nemlig at det gjerne lar seg gjøre å spore et bestemt syn på reglenes forhold til hverandre i teksten, som øyensynlig ikke er forankret i en bestemt oppfatning av rettskildefaktorene.

Dommeren synes ofte å ha hatt en *faktisk* oppfatning av reglenes innbyrdes forhold. En slik oppfatning *kan* være barn av en rettslig vurdering. Men det er ikke uten videre gitt at dette er tilfellet. For mens enhver juridisk bedømmelse av reglenes forhold til hverandre vil kunne ut i en psykologisk oppfatning, behøver det omvendte ikke være tilfellet. Begrunnelsen for dette, er at det sjelden er nødvendig å avgjøre koherensfokuserte identitetsspørsmål for å løse en konkret sak. Dommerens vurdering av slike spørsmål – i den grad en bevisst refleksjon overhodet er foretatt – kan dermed ende opp med å bunne i en intuitiv oppfatning av reglenes forhold til hverandre. En teori om koherensfokuserte

identitetsspørsmål som ikke tok hensyn til dommerens faktiske syn på reglenes forhold – uavhengig av om denne er grunnet i en rettslig vurdering – ville derfor bli ufullstendig.

For å fange opp denne dimensjonen, opereres det i det følgende med tre ulike psykologiske innstillinger til identitetsspørsmålet som dommeren kan tenkes å inneha (punkt 2.4.2).

Disse anses å være fremme i den overveiellesprosessen som munner ut i domsbegrunnelsen. Dette nødvendiggjør en nærmere redegjørelse for forholdet mellom overveielse og begrunnelse (punkt 2.4.3). I punkt 2.4.4 foretas en presisering av begrepsbruken.

2.4.2 Presentasjon av en prinsippmodell

En todeling som vil bli benyttet ved løsningen av koherensfokusede identitetsspørsmål i det følgende, er sontringen mellom vurderinger basert på et *konvergensprinsipp* og vurderinger basert på et *divergensprinsipp*.

I den juridiske terminologi er uttrykket ”prinsipp” tvetydig.⁵⁶ Forskjellige forfattere kan legge ulikt meningsinnhold i det de betegner som et prinsipp. Det er derfor grunn til å klargjøre følgende: Min bruk av uttrykket prinsipp benyttes i denne avhandlingen som betegnelse på et begynnelses- eller utgangspunkt for en tankerekke, nærmere bestemt en grunnholdning til forståelsen av uttrykk som går igjen i flere regelsett. Prinsippene kommer inn overalt der man står overfor et koherensfokusede identitetsspørsmål, f.eks. dersom det spørres om hva som er et ”foretak” i domstoloven § 121a sin forstand, og om dette kan fortolkes med utgangspunkt i definisjonen i strl. § 48a andre ledd.

⁵⁶ Eng: *U/enighetsanalyse* behandler på s. 471-479 ”prinsippterminologi” som en type språk- og argumentasjonsform som skaper klarhet om hva slags utsagn man står overfor. Om ulike betydninger av uttrykket prinsipp, se Backer: *Innføring i naturressurs- og miljørett* s. 49-50, Berge: *Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 299-325, Eckhoff/Sundby: *Rettsystemer* s. 117-118, Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* s. 30-33, Graver: *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper* s. 189-221 og *Alminnelig forvaltningsrett* s. 33-39, Mæhle: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* s. 86-100, Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 260-306 og Sundby: *Om normer* s. 190-196.

Om denne bruken av betegnelsen prinsipp sier *Sundby*:

”En hovedbetydning knytter an til ordets latinske avstamning (*principium*), nemlig der ’prinsipp’ betegner ’det første’, ’noe grunnleggende’, o.l., jfr. f.eks. Aristoteles’ oppfatning av kontradiksjonsprinsippet. Aksiomer i formelle systemer vil ofte omtales som prinsipper i denne forstand. Fra denne betydningen utspringer flere andre: Selv om noe ikke er særlig fundamentalt kan det ofte omtales som prinsipp, dersom det representerer begynnelsespunkt, eller utgangspunkt, for en tankerekke. Et utgangspunkt vil ofte samtidig være et hovedsynspunkt, jf. talemåtene ’i prinsippet’, ’rent prinsipielt’. Prinsippet er her det man starter ved og holder fast ved, såfremt ikke særlige mottilfelle melder seg.”⁵⁷

Når en rettsanvender skal anvende et vurderingskriterium som går igjen i flere regelsett, kan vi grovt sett skille mellom to ulike grunninnstillinger til hvordan bestemmelsene forholder seg til hverandre. Grunninnstillingene sier bare noe om rettsanvenderens mentale utgangsposisjon når han nærmer seg identitetsvurderingen. Prinsippene er ikke normer som øver innflytelse på resultatet, og en henføring av den forekommende rettsanvendelse under det ene eller andre prinsipp representerer derfor *ikke* en rettskildelærens etappe 2.⁵⁸

Den ene grunninnstillingen går ut på at vurderingene etter flere bestemmelser som et utgangspunkt må holdes atskilt fra hverandre. I så fall kan vi si at det gjelder et *divergensprinsipp* ved anvendelsen av disse reglene. Et eksempel på en avgjørelse tuftet på et divergensprinsipp er Rt. 1982 s. 173, hvor Høyesterett la til grunn at uttrykket ”siktet” i strl. § 167 ikke kan forstås på samme måte som i straffeprosessen.

Den andre grunninnstillingen går ut på at vurderinger som ligger nært opp til hverandre, bør sees i sammenheng når man skal anvende regler som faller inn under et av dem. I så

⁵⁷ Sundby: *Om normer* s. 192.

⁵⁸ Se om konseptet ovenfor i punkt 2.3.2.

fall kan man si at det gjelder et *konvergensprinsipp* ved rettsanvendelsen. Kontraktsretten er et rettsområde der man i stor grad har basert seg på et konvergensprinsipp, særlig gjennom formuleringen av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Når en bestemt løsning er lagt til grunn i forhold til flere forskjellige kontraktstyper (og kanskje også er anerkjent internasjonalt, f.eks. gjennom UNIDROIT, PECL osv.), formodes denne løsningen også å gjelde på andre kontraktsområder.⁵⁹ Eksempelvis vil et vesentlig kontraktsbrudd kunne berettige heving også der en slik rett ikke kan avledes av kontrakten eller lovgivningen, jf. Rt. 1998 s. 1510 og 1999 s. 408.

I sin ytterste konsekvens kan den som bygger på et slikt prinsipp legge til grunn at de ulike vurderingene skal smelte sammen i et samspill – momenter som har betydning for anvendelsen av regel x kan benyttes i en sak som aktualiserer regel y. En mindre dramatisk form for konvergens er der det som er lagt til grunn i forhold til regel x, formodes å være korrekt også i forhold til regel y. For å bruke en kortform kan det første betegnes som *sterk* konvergens, og det andre for *svak* konvergens. Den som bygger på et sterkt konvergensprinsipp, har lagt til grunn at det gjelder *én felles norm* for løsningen av begge vurderinger. Den som bygger på et svakt prinsipp, søker derimot å *harmonisere vurderingene etter forskjellige normer med hverandre*.⁶⁰

Skillet mellom prinsippene kan illustreres ved hjelp av den såkalte alminnelige meningsteorien, hvoretter det kan skilles mellom et språklig uttrykk, dets betydning og dets referanse.⁶¹ Uttrykket (termen) er en fonetisk sekvens (i tale) eller en bokstavrekke (i skrift). Betydningen (begrepet, meningen, intensjonen) er det abstrakte meningsinnholdet

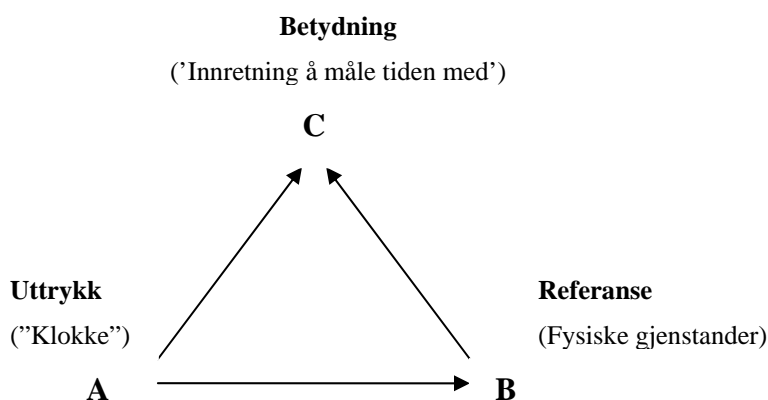
⁵⁹ Om alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, se Hagstrøm: *Obligasjonsrett* s. 66-72. Se også s. 61-66 om betydningen av internasjonale faktorer i norsk obligasjonsrett.

⁶⁰ Presumsjonsprinsippet kan ses som en norm som knesetter svak konvergens mellom norsk rett og folkeretten. At norsk rett skal formodes å være i overensstemmelse med internasjonal rett, fordrer en harmoniserende tilnærming til anvendelsen av disse regelsettene. Se om presumsjonsprinsippet Ruud/Ulfstein: *Innføring i folkerett* s. 64-66.

⁶¹ Bergo avviser, på bakgrunn av Derridas teorier, det tradisjonelle skillet mellom uttrykk og betydning. Se Bergo: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* s. 1004.

vi forstår når vi hører eller ser et uttrykk.⁶² Referansen (ekstensjonen) er de faktiske forekomster i omverdenen utenfor språket som faller inn under betydningen.⁶³ Referansen kan også være en abstrakt størrelse.

Forholdet mellom de tre størrelsene fremstilles gjerne gjennom *Ogden's* tegntrekant. Ta uttrykket ”klokke”: Betydningen av dette uttrykket kan utlegges som ’en innretning til å måle tid med’, mens referansen er de fysiske gjenstandene som omfattes av denne definisjonen. Relatert til tegntrekanten får man følgende figur:⁶⁴



Figur 2

Tredelingen lar seg overføre til juridiske tolkingsspørsmål som oppstår som en følge av at språket benyttes til å normere atferd.⁶⁵

⁶² Endresen/Simonsen/Sveen: *Innføring i lingvistikk* s. 44-46.

⁶³ Endresen/Simonsen/Sveen: *Innføring i lingvistikk* s. 59-61.

⁶⁴ Figuren er en noe forenkelt utgave av den som gjenfinnes hos Føllesdal/Walløe: *Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi* s. 160.

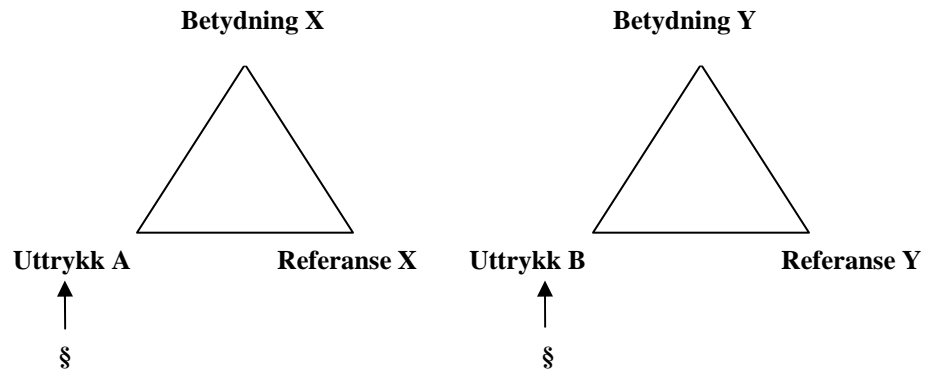
⁶⁵ Bruk av denne tredelingen i juridisk sammenheng finnes bl.a. hos Stenvik: *Patenters beskyttelsesomfang* s. 17-24, Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 43-50 og *Om kritikkene av fenomenet reelle hensyn, begrepet 'reelle hensyn' og termen "reelle hensyn"*, særlig s. 298-299 og Kolflaath: *Flertydige lovtekster*.

En gjennomgang av ordlyden i de ulike lovbestemmelsene som inneholder eksplisitte identitetsvurderinger, viser at det opereres med en del forskjellige språklige uttrykk for å fastslå at identitet, som et av flere rettsfakta, må foreligge for at en bestemt rettsfølge skal inntre. I strl. § 68 tales det om ”det straffbare forhold”, mens det avgjørende etter § 62 er om gjerningsmannen ”i forskjellige handlinger [har] forøvet flere forbrytelser”. I straffeprosessen tales det gjennomgående om ”det forhold tiltalen gjelder”, jf. f.eks. strpl. §§ 38, 252 og 364 første ledd. Men loven benytter bl.a. også uttrykket ”ett straffbart forhold” i § 364 andre ledd og ”krav som er avgjort” i § 51 første ledd. I strpl. § 254 andre ledd kreves en avgrensning av hva som utgjør ”andre straffbare forhold”. Med dette som bakteppe, kan uttrykkene konvergens og divergens relateres til den lingvistiske tredelingen som ble presentert ovenfor.

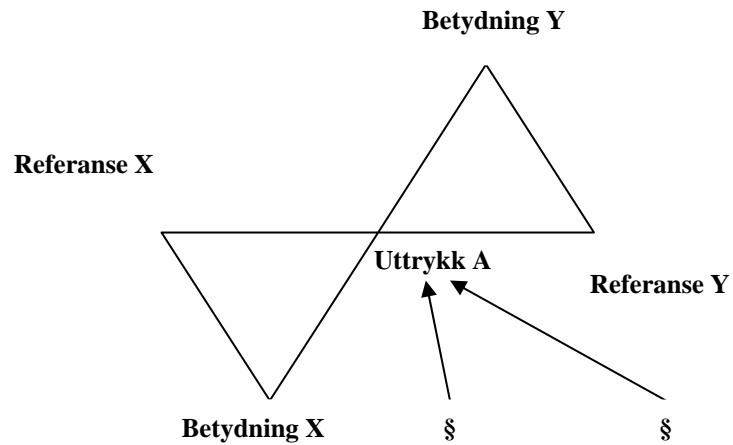
Ved divergens er situasjonen at rettsanvenderen anser det for å foreligge to ulike identitetsnormer, som må holdes atskilt fra hverandre. Det kan tenkes to ulike varianter av dette. Enten foreligger det to forskjellige uttrykk i to bestemmelser som også har forskjellige betydninger (*typetilfelle 1*), eller det gjenfinnes ett uttrykk i flere bestemmelser, men dette har forskjellig betydning i de to paragrafene (*typetilfelle 2*).

Relatert til tegntrekanten gir dette følgende figurer:

Typetilfelle 1



Typetilfelle 2



Figur 3

I typetilfelle 2 er den venstre trekanten snudd opp ned. Dette gjøres for å markere knutepunktet mellom de to trekantene – deres felles uttrykk (A).

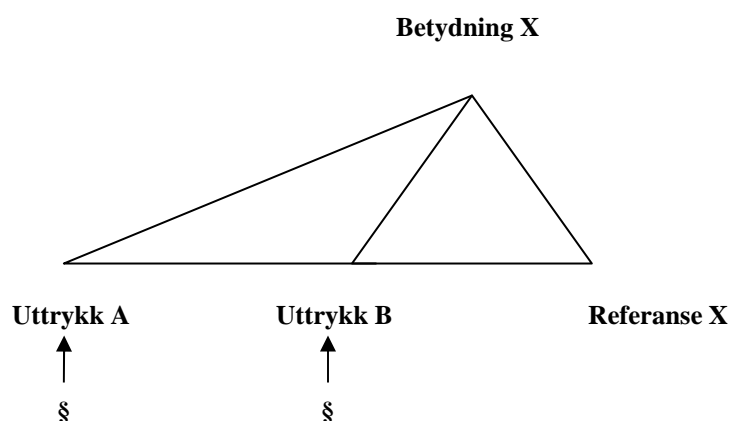
Dersom man legger til grunn et sterkt konvergensprinsipp, har de ulike uttrykkene samme betydning.⁶⁶ Betydningen avklares gjennom anvendelsen av en felles identitetsnorm. Det kan her være tale om flere bestemmelser som inneholder forskjellige uttrykk, men som på

⁶⁶ I slike tilfeller tales det i lingvistisk teori om *synomi*. F.eks. er ”klokke” og ”ur” synonymer. Se Endresen/Simonsen/Sveen: *Innføring i lingvistikk* s. 47-49.

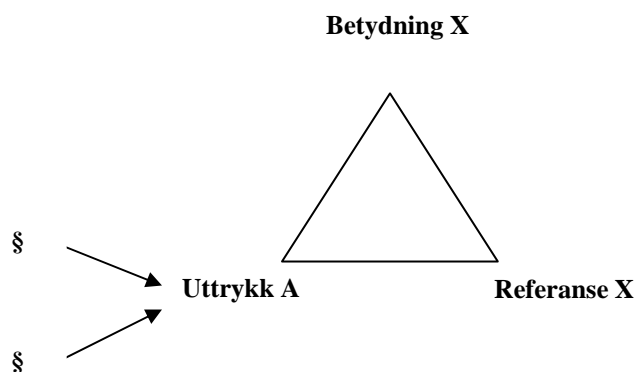
grunn av konvergensen har samme betydning (*typetilfelle 1*). Men det kan også dreie seg om to eller flere ulike lovbestemmelser som inneholder samme uttrykk. I så fall befinner begge lovbestemmelser seg innenfor samme tegntrekant (*typetilfelle 2*).

Vi får følgende figurer:

Typetilfelle 1



Typetilfelle 2



Figur 4

Legger man derimot til grunn et svakt konvergensprinsipp, behøver ikke uttrykkenes betydning være sammenfallende, all den tid spørsmålene anses regulert av forskjellige identitetsnormer. Ved anvendelsen av dette prinsippet vil forholdet mellom uttrykkene og deres betydning således kunne variere fra tilfelle til tilfelle, avhengig av hvorledes

rettsanvenderen vurderer de motstående hensyn. Men i eksistensen av konvergens ligger at rettsanvenderen i hvert fall et stykke på vei vil bestrebe å oppnå et likeartet utfall gjennom harmonisering av tolkingsresultatene. I den grad dette oppnås, vil resultatet *i den konkrete saken* ligge innenfor et av typetilfellene som er oppstilt for sterk konvergens. Dersom dette ikke oppnås, vil resultatet *i den konkrete saken* derimot ligge innenfor et av typetilfellene som er oppstilt for divergens.

Kategoriseringen av grunnholdningene skulle med dette være klarlagt. Det er i forlengelsen av det som er sagt grunn til å fremheve at rettsanvenderen kan være mer eller mindre klar over hvilket grunnsyn han selv bærer på. Han kan f.eks. eksplisitt ha satt seg som mål å harmonisere resultatene av vurderingene etter flere regelsett, eller han anser det som selvsagt at vurderingen etter to ulike regelsett vil kunne slå forskjellig ut. I så fall er det tale om klart definerte holdninger av henholdsvis typen svak konvergens og divergens. Men grunnholdningen kan også være mer skjult, og rettsanvendelsen skjer på bakgrunn av mer eller mindre uformulerte tanker omkring hva som er ”naturlig” el. l. Også i slike tilfeller kan det imidlertid være snakk om en grunnholdning, selv om denne kun gir seg tilkjenne i form av en ”intuisjon” eller ”magefølelse”.

2.4.3 Prinsippenes betydning under overveielsene og ved begrunnelsen

Det går et skille mellom den *begrunnelse* som gis for et rettslig standpunkt, og de *overveielser* som ligger bak denne.⁶⁷ Sondringen er egnet til å illustrere prinsippenes funksjon, og belyser videre spørsmålet om hvordan man kan finne frem til hvilket prinsipp som har vært lagt til grunn i en konkret sak.

Overveielsen er en psykologisk prosess som leder frem til et standpunkt, mens begrunnelsen er et sett med utsagn som føres i marken for å forklare, forsvare eller supplere

⁶⁷ Om sondringen, se Eckhoff/Sundby: *Rettsystemer* 2. utg. kap. 9 og Høgberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger* s. 533-536 med videre henvisninger.

standpunktet man har inntatt.⁶⁸ Det lar seg ikke alltid gjøre å plassere overveielsene, standpunktet og begrunnelsen langs en tidsakse. Det vil kunne forekomme en vekselvirkning mellom de tre ting – f.eks. slik at det resultatet man i første omgang kom frem til ikke fremstår som ønskelig, og denne erkjennelsen foranlediger en ny runde med overveielser med henblikk på om andre konklusjoner lar seg forsvare.⁶⁹

Prinsippene som er gjennomgått ovenfor i forrige punkt, beskriver en faktisk oppfatning av reglenes forhold til hverandre, som er tilstede under overveielsene. Mellom disse og begrunnelsen kan det være en større eller mindre grad av korrelasjon. En sak er at de to ting vil kunne gripe over i hverandre, noe annet er hvorledes den endelige begrunnelsen forholder seg til de forutgående tankeprosessene. Det kan tenkes tilfeller hvor det vil bestå et tilnærmet en til en forhold mellom begrunnelsen og overveielsen, kanskje særlig dersom det er tale om et forholdsvis enkelt juridisk spørsmål.⁷⁰ Ofte vil det imidlertid forekomme et visst avvik.⁷¹ Denne kjensgjerningen skaper problemer for ethvert forsøk på å avklare problemstillinger som ikke drøftes uttrykkelig i begrunnelsene.⁷²

Spørsmålet blir hvorledes man kan få kunnskap om grunnholdninger hos rettsanvenderen, når man kun har begrunnelsene å forholde seg til. Problemstillingen har en prinsipiell og en praktisk side. Det må avklares hvorvidt det overhodet er mulig å foreta en kartlegging av slike forestillinger, når man bare har begrunnelsene å støtte seg til. Dersom dette lar seg gjøre, blir spørsmålet *hvordan* man eventuelt kan slutte seg fra den foreliggende praksis, til

⁶⁸ Eckhoff/Sundby: *Rettssystemer* 2. utg. s. 157.

⁶⁹ Dette fenomenet kan beskrives som tilbakekobling (feedback), se Eckhoff/Sundby: *Rettssystemer* 2. utg. s. 161-166. Om tilbakekobling generelt, se Eckhoff/Sundby, op.cit. s. 26-33. Feedback ved svak konvergens er drøftet nærmere i punkt 7.2.

⁷⁰ ”Tilnærmet” fordi en så sammensatt prosess som en overveielse vanskelig vil kunne gjengis eksakt, se Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 86-87.

⁷¹ Slik f.eks. Eckhoff/Sundby: *Rettssystemer* 2. utg. s. 157 og Eckhoff: *Rettskildelære* s. 21.

⁷² Problemstillingen er velkjent fra metodelitteraturen, der man forsøker å oppstille rettskildeprinsipper som sjelden fremgår av domspremissene. Se om dette Eckhoff: *Rettskildelære* s. 21-22 og Høgberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger* s. 533-536.

hvilket prinsipp som gjelder. I inneværende punkt er det den førstnevnte problemstilling som står i fokus. Slutningsproblemet vil bli gjennomgått i punkt 6.3.2.

Avhandlingen tar sikte på å henhøre rettsanvendelsen i den tradisjonelle juridiske teori og høyesterettspraksis på et avgrenset rettsområde under prinsippene. Det er særlig sistnevnte problemstilling som er av interesse. Drøftelsen i dette punktet begrenses derfor til å gjelde fastleggelsen av hvilke prinsipper høyesterettsdommerne har bygget på. I teorien tas det også oftere uttrykkelig stilling til slike spørsmål, slik at grunnlaget for slutninger fra disse tekstene gjennomgående står på sikrere grunn.

Det er etter mitt skjønn mulig å foreta en slutning fra uttalelser i domspremissene, til hvilket prinsipp rettsanvenderen har bygget på.⁷³ Dette kan underbygges med at det som fremhevd foran er en nær sammenheng mellom begrunnelser og overveielser, og videre at utformingen av premissene kan gi indikasjoner på en slik sammenheng.⁷⁴ Det varierer imidlertid en del fra avgjørelse til avgjørelse om og i tilfelle i *hvor stor grad* den enkelte begrunnelse kan bidra til å ”rekonstruere” overveielsen. Dette vil nødvendigvis måtte besvares konkret.⁷⁵

Et annet spørsmål er om man kan legge vekt på forhold som ikke er kommet frem i avgjørelsen, men som antas å ha vært fremme under overveielsesprosessen. Det er vanskelig å komme utenom slike antagelser i en analyse av den art denne avhandlingen

⁷³ Se tilsvarende for rettskildelærens del Høgberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger* s. 533-536.

⁷⁴ Høgberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger* s. 536.

⁷⁵ Det standpunktet som er inntatt her, er således bare intendert som et svar på om begrunnelsene generelt sett kan gi et slikt bidrag (”relevansspørsmålet”, om en vil), ikke hvorvidt man vil kunne utlede argumenter av denne art fra en konkret sak (”slutningsspørsmålet”), eller hvor klargjørende disse i tilfelle er (”vektspørsmålet”). Merk at uttrykkene relevans, slutning og vekt her bare brukes til illustrasjon – det siktes ikke til deres vanlige funksjon som navn på stadier i rettsanvendelsesprosessen (se om dette punkt 2.3.2).

befatter seg med. Fremgangsmåten er også utbredt ellers.⁷⁶ Analysene i det følgende vil derfor tidvis gå ut over hva som følger av en isolert lesing av teksten, og over til en beskrivelse av et antatt begrunnelsesnivå ”bakenfor” denne, i form av mer eller mindre bevisste grunnholdninger som virket inn på overveielsene. Det er for øvrig ikke klare skiller mellom det en antar følger av teksten, og det som leses inn i den. Jeg vil imidlertid kreve at slike antagelser har et visst grunnlag i formuleringer i teksten (hvilke formuleringer det her siktes til, gjennomgås i punkt 6.3.2).

Enkelte forfattere går imidlertid et steg lenger, og legger til grunn at den anførte begrunnelse ikke nødvendigvis må tas på ordet – overveielsen kan tenkes å stå i opposisjon til det som følger av en naturlig lesing av teksten. Ross antar f.eks. at dommeren bygger opp en *fasadelegitimasjon* etter han har bestemt seg for hva resultatet skal bli.⁷⁷ I forlengelsen av dette skriver han at det er ”et interessant sosialpsykologisk problem, hvorfor man ønsker at tilsløre, hva det er der virkelig foregår i retsudøvelsen”.⁷⁸ Tanken om at det under overveielsen kan ha forekommet refleksjoner eller intuisjoner som ikke gjenspeiles i domsbegrunnelsene, åpner for en *utfylling* av teksten. Læren om fasadelegitimasjon utgjør derimot en teoretisk brekkstang for å *sensurere* teksten gjennom beskrivelser av den ”egentlige” overveielse, som må gis forrang fremfor den anførte begrunnelsen. *Bergo* er sterkt kritisk til sistnevnte metode.⁷⁹ Jeg deler langt på vei *Bergos* motforestillinger, og den sensurerende tolkningsmetoden vil bli forsøkt unngått i det følgende.

⁷⁶ Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 86.

⁷⁷ Ross: *Om ret og retfærdighed* s. 179.

⁷⁸ Ross: *Om ret og retfærdighed* s. 181.

⁷⁹ Se f.eks. Bergo: *Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 34-46 og *Tekst og virkelighet i rettskildelæren* s. 357-367 (omtalen av Eckhoff).

2.4.4 Noen presiseringer

2.4.4.1 Konvergens og divergens som navn på et resultat

Skillet mellom konvergens og divergens er ment å illustrere forskjellige innfallsvinkler til hvordan rettsanvendelsen legges opp der samme kriterium går igjen i flere regelsett.

Grunnholdningen dikterer ikke nødvendigvis det resultatet rettsanvenderen kommer til i en konkret sak. Dette følger allerede av at prinsippene ikke er normer. Dette gjelder med ett unntak: Bygger man på et sterkt konvergensprinsipp, har man lagt til grunn at det gjelder én felles norm som regulerer samtlige vurderinger, og resultatet kan derfor ikke variere avhengig av hvilken rettsfølge det er tale om. Den som bygger på et divergensprinsipp, kan derimot godt komme til at samme handlingsrekke må bedømmes som samme forhold etter to forskjellige bestemmelser. Og en rettsanvendelse som skjer ut fra et svakt konvergensprinsipp, kan munne ut i at noe er en fortsatt forbrytelse i en relasjon, men ikke i en annen. Men det er grunn til å tro at utgangsposisjonen vil kunne komme til å virke inn på beslutningsprosessen, gjennom de premisser som legges til grunn for vurderingen (se nærmere i punkt 7.2).

Det er verdt å merke seg at konvergens og divergens kan benyttes på en annen måte enn det som er gjort i punkt 2.4.2. En kunne tenke seg uttrykkene som *navn på et tolkingsresultat*, f.eks. slik at en tolking er konvergerende der samme resultat legges til grunn etter to ulike regelsett. Dette er imidlertid noe annet enn å la uttrykkene betegne mentale forestillinger under overveielserprosessen. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom et konvergerende resultat og en konvergerende grunninnstilling ved anvendelsen av reglene. Det eneste tilfellet hvor resultatet kan utelukke et bestemt prinsipp, er som nevnt der to forskjellige løsninger legges til grunn etter to regelsett. Dette vil utelukke sterk konvergens. Ellers er det ingen kausalsammenheng mellom konvergens/divergens som prinsipper ved overveielsen, og som navn på resultatet. Dette har en viss betydning for tolking av avgjørelser med henblikk på å klarlegge hvilket prinsipp domstolen har bygget på, ettersom resultatet i seg selv normalt blir uten interesse (se punkt 6.3.2).

2.4.4.2 Skillet mellom normfragmenter og fullstendige normer

Dersom en rettsanvender legger til grunn et sterkt konvergensprinsipp, kan en si at uttrykkets innhold reguleres av én felles norm. Begrepsbruken er allerede benyttet flere ganger, og forekommer også hyppig i den videre fremstilling. Med en slik uttrykksmåte siktes det til to forhold: (1) Samtlige momenter som er relevante ved fortolkningen av et uttrykk i én sammenheng, er også relevante ved tolkingen av samme eller lignende uttrykk i andre relasjoner, og (2) når et saksforhold er bedømt i forhold til én bestemmelse, er rettsstillingen også avklart i andre henseender. Hva som nærmere ligger i dette, utdypes i kapittel 7.

Noen implikasjoner ut over de som er nevnt, er sontringen mellom én og flere normer ikke intendert å skulle tillegges. Hva som mer allment bør betegnes som en komplett norm, flere normer eller fragmenter av en større norm, tar jeg ikke sikte på å avklare. Formålet med inneværende fremstilling er utelukkende å gi en nærmere analyse av identitetsspørsmål i jussen, ikke å fremsette en teori om rettens grunnleggende bestanddeler.

Spørsmålet om hva som utgjør en komplett norm har vært gjenstand for til dels omfattende debatt i litteraturen.⁸⁰ Enkelte forfattere ledes inn i diskusjonen pga. av at deres definisjon av "rett" innebefatter kjennetegn ved de enkelte normer. Dette gjelder bl.a. *Bentham* og *Kelsen*.⁸¹ Enkelte av *Raz'* ankepunkter mot *Dworkins* skille mellom "rules" og "principles" må også ses i en slik kontekst.⁸² Andre forfattere anser spørsmålet for å være av utelukkende terminologisk art – hva er det hensiktsmessig å anerkjenne som én norm? Dette er f.eks. kjernen i *Harts* kritikk av bl.a. *Kelsen*.⁸³

⁸⁰ Se oversikten hos Eckhoff/Sundby: *Rettsystemer* 2. utg. s. 141-145 og drøftelsen hos Sundby: *Om normer* s. 387-396.

⁸¹ Se Eckhoff/Sundby: *Rettsystemer* 2. utg. s. 144.

⁸² Om skillet mellom rules og principles, se Dworkin: *Taking rights seriously* s. 14-45. Hovedpunktene i diskusjonen mellom Raz og Dworkin fremgår av Raz: *Legal principles and the limits of law* og Dworkin: *Taking rights seriously* s. 71-78.

⁸³ Hart: *The concept of law* s. 35-42 og 286. Harts hovedpoeng er at et strengt normbegrep reduserer presisjonsnivået i en analyse av retten, se særlig *The concept of law* s. 40-42.

2.5 Valg av prinsipp ved løsning av koherensfokuserte identitetsspørsmål

2.5.1 Problemstilling

Et spørsmål er hvorvidt man i teori og praksis bygger på det ene eller andre prinsippet. Dette er en *deskriptiv* problemstilling. Siktemålet med en slik drøftelse er å kategorisere den faktisk forekommende rettsanvendelsen som enten konvergerende eller divergerende. I avhandlingens kapittel 6 vil jeg foreta en slik kategorisering. Det er imidlertid grunn til å gå et skritt videre, og spørre hvorvidt det prinsippet man har valgt er hensiktsmessig. Dette er en *normativ* problemstilling. Jeg vil i avhandlingen også foreta en slik vurdering (punkt 8.2). Vurderingen begrenses til hvilke valgmuligheter man hadde innenfor (de riktignok vide) rammene av den juridiske metode.

Spørsmålet om hvilket prinsipp man bør legge til grunn, er imidlertid av generell art, og ettersom avhandlingen søker å utvikle et analyseapparat som kan anvendes også ved løsningen av andre koherensfokuserte identitetsspørsmål enn de som eksplisitt drøftes, er det derfor grunn til å først gi en redegjørelse for hensiktsmessighetsspørsmålet i sin alminnelighet. Dette er siktemålet med inneværende punkt.

Spørsmålet blir hvilken normativ målestokk skal valget av prinsipp vurderes opp mot. Det er her grunn til å skille mellom to situasjoner. Den ene er der lovgiver har tatt stilling til løsningen av identitetsspørsmålet (punkt 2.5.2), den andre er der dette ikke er tilfellet (punkt 2.5.3). En kort sammenfatning av hovedpoengene foretas i punkt 2.5.4.

2.5.2 Lovgiver har tatt stilling til identitetsspørsmålet

Lovgiver står fritt til å bestemme hvorvidt to språklige uttrykk skal forstås i overensstemmelse med hverandre eller ikke.

Innenfor samme lov kan en slik regulering foretas ved hjelp av legaldefinisjoner, jf. f.eks. forvaltningsloven § 2, som inneholder en rekke begrepsavklaringer. Det er klart at en slik definisjon normalt avskjærer en divergerende tolking av et uttrykk innenfor samme lov,

f.eks. slik at noen regnes som ”part” ved søknad om dokumentinnsyn, men ikke ved klage over et enkeltvedtak.

I strpl. § 82 er uttrykket ”siktet” definert. Dette må anses å utelukke muligheten for at noen kan bedømmes som siktet i en relasjon, men ikke i en annen.⁸⁴ Her har lovgiver konstatert sterk konvergens – betydningen av uttrykket ”siktet” fastlegges gjennom anvendelsen av en enkelt norm. Hadde loven ikke inneholdt en slik definisjon, ville det vært større spillerom for en relativisering av uttrykket – typisk avhengig av de reelle hensyn som ble aktualisert av den enkelte relasjon uttrykket inngikk i. Det er f.eks. antatt at straffeprosesslovens uttrykk ”mistenkt” kan relativiseres på denne måten.⁸⁵

Utenfor loven selv er det imidlertid ikke gitt at en legaldefinisjon medfører en ensretting av et uttrykks innhold. Hvorvidt definisjonen gjelder utenfor lovens anvendelsesområde, er et tolkingsspørsmål som nødvendigvis må besvares konkret.

Legaldefinisjonen i strpl. § 82 regulerer f.eks. ikke tolkingen av uttrykket i andre bestemmelser, som strl. § 167, jf. Rt. 1982 s. 173.⁸⁶ – Det følger av skifteloven § 124 andre ledd at uttrykket ”arving” normalt har en snevrere betydning i denne loven enn i arveloven – både ”arvinger” og ”legatarer” i skiftelovens forstand er normalt ”arvinger” i henhold til arveloven, f.eks. etter al. § 66 nr. 1.⁸⁷ At definisjonen i sl. § 124 ikke gjelder utenfor loven selv, fremgår bl.a. av at bestemmelsen inneholder ordene ”i denne lov”.⁸⁸

Selv om det ikke oppstilles en legaldefinisjon, kan ordlyden i en eller flere bestemmelser gjøre det klart at et uttrykk må forstås ulikt i forskjellige lover. Lovgiver kan eksplisitt ha regulert identitetsspørsmålet, jf. f.eks. strl. § 326 andre ledd, som fastslår at uttrykket ”offentlig tjenestemann” skal forstås på samme måte som i § 127. Herfra er det en glidende

⁸⁴ Hov: *Rettergang II* s. 216-217.

⁸⁵ Hov: *Rettergang II* s. 202. Se også Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer I* s. 358, som fremhever at utgangspunktet bør være at uttrykket ”mistenkt” tolkes likt overalt, men at det må kunne legges vekt på om det er *rimelig* om vedkommende får stilling som mistenkt i forhold til den aktuelle lovbestemmelsen.

⁸⁶ Hov: *Rettergang II* s. 217-218.

⁸⁷ Se nærmere Lødrup: *Arverett* s. 28 og 285-288.

⁸⁸ Boe: *Innføring i juss I* s. 230.

overgang til tilfellene der ordlyden tilsier en bestemt løsning på identitetsspørsmålet, men det ikke uten videre er klart om lovgivers intensjon har vært å regulere uttrykkenes betydning. Tilfellene der ordlyden tilsier en bestemt løsning, men det ikke er klart om dette er intendert, drøftes i neste punkt.

Også forarbeidene til en bestemmelse kan gi anvisning på hvilket prinsipp som skal legges til grunn.

Det følger bl.a. av motivene til forvaltningsloven at uttrykket ”rettslig klageinteresse” i § 28 kan ses i sammenheng med uttrykket ”rettslig interesse” i tvistemålsloven § 54 (nå tvisteloven § 1-4, som har en noe annen språkdrakt), se f.eks. Rt. 1980 s. 1070 på s. 1073. Klageretten kan dog tenkes å favne noe videre enn søksmålsadgangen.⁸⁹ Her har lovgiver langt på vei statuert svak konvergens. – Av rettsavgjørelser som vektlegger forarbeidsuttalelser ved avgjørelsen av om et uttrykk har samme betydning i flere bestemmelser nevnes Rt. 1970 s. 730, 1975 s. 563, 1984 s. 8, 2000 s. 1981, og 2001 s. 369.

Dersom det kan bringes på det rene at lovgiver har forutsatt en bestemt løsning på identitetsspørsmålet, bør det normalt være avgjørende. Dette følger av alminnelige metodeprinsipper – lovteksten og forarbeidene skal tillegges stor vekt. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor de øvrige rettskildefaktorene gjør seg gjeldende med så stor styrke at lovgiver ikke kan gis det siste ordet. Når dette er tilfellet er et generelt metodisk spørsmål, som jeg ikke går videre inn på her.

2.5.3 Lovgiver har ikke tatt stilling til identitetsspørsmålet

Problemstillingen i inneværende punkt er om, og i tilfelle hvorfor, man kan operere med et bestemt utgangspunkt for løsning av koherensfokuserte identitetsspørsmål der lovgiver ikke har inntatt noe klart standpunkt.

Det som gjerne fremheves i slike tilfeller, er at hensynet til *konsekvens* og *harmoni* i rettssystemet tilsier konvergens. Øyen uttaler bl.a. at: ”Rettstekniske hensyn og hensynet til

⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 38 (1964-65) s. 98-99 og Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett* s. 279 med henvisninger.

konsekvens i rettssystemet tilsier [...] at likeartede problemstillinger bør løses likt i parallelle situasjoner, med mindre tungtveiende hensyn tilsier noe annet”.⁹⁰ Et problem med å henvise til konsekvenshensyn er imidlertid at uttrykket er flertydig. Det lar seg i hvert fall gjøre å operere med to forskjellige typer konsekvensbetraktninger – de språklige og de innholdsmessige.⁹¹

Hensynet til *språklig konsekvens* tilsier at uttrykk skal brukes i samme betydning overalt hvor de forekommer. Hensynet til *innholdsmessig konsekvens* knytter seg derimot opp mot innholdet av de enkelte normene. Typiske uttrykk for dette hensyn er at *like tilfeller skal behandles likt* og at *relevante forskjeller må tillegges betydning*. Hensynet tilsier ikke nødvendigvis en harmonisering av to bestemmelser, selv om de har samme ordlyd. For mens en tolking ut fra språklig konsekvens tilsier like løsninger overalt hvor samme uttrykk går igjen, knytter hensynet til innholdsmessig konsekvens seg opp mot formålet med bestemmelsene og reelle hensyn, og disse kan trekke i en annen retning enn ordlyden.

Et eksempel på at den innholdsmessige konsekvens er blitt prioritert fremfor den språklige:⁹² I regelen om provokasjon og retorsjon i strl. § 228 tredje ledd forekommer uttrykket ”legemsfornærmelse” flere ganger. Det varierer imidlertid hvorvidt ordet skal forstås bokstavelig (som en henvisning til gjerningsbeskrivelsen i bestemmelsens første ledd), eller om det kan tolkes utvidende til også å omfatte legemsbeskadigelser etter strl. § 229. Det avgjørende er de hensyn som gjør seg gjeldende.⁹³

Hensynet til språklig konsekvens har nær sammenheng med slutningene fra rettskildefaktoren lovtekst. Dersom ordlyden i to bestemmelser – herunder konteksten uttrykkene inngår i – ut fra alminnelige slutningsprinsipper har samme betydning, taler hensynet til språklig konsekvens for en harmonisering av slutningene.

⁹⁰ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 233.

⁹¹ Se om språklig og innholdsmessig konsekvens Eckhoff: *Rettskildelære* s. 334-337. Min drøftelse av disse hensynene bygger i stor grad på Eckhoffs fremstilling.

⁹² Eksemplet er hentet fra Eckhoff: *Rettskildelære* s. 334-335.

⁹³ Se nærmere Andenæs/Bratholm: *Spesiell strafferett* s. 56, 58 og 61.

Hovedregelen i norsk rett er at en lovtekst skal forstås ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden på bakgrunn av alminnelig språkbruk.⁹⁴ I utgangspunktet vil den språklige forståelsen av et uttrykk være den samme, uavhengig av hvilken lovbestemmelse eller lov det fremkommer i. Ved uttrykk som ligner, men ikke er sammenfallende, vil det bero på en nærmere tolking hvorvidt uttrykkene har samme språklige betydning.

Eksempler på en språklig tolking av lignende uttrykk finnes bl.a. i Rt. 1960 s. 1409 ("må/måtte forstå" – "visste eller måtte forstå"), 1971 s. 277 ("tilegnelse" – "bemektiger seg") og 1976 s. 810 ("forårsaket utsettelsen" – "forsinkelsen skyldes [...] forsømmelse"). I de nevnte saker kom Høyesterett til at uttrykkene språklig sett ikke hadde samme innhold.

De enkelte ord og uttrykk kan heller ikke leses isolert, de må ses som en del av konteksten de inngår i.⁹⁵ Selv om man går over fra å tolke enkeltord til å se på konteksten, er det fortsatt tale om å slutte fra lovteksten (eventuelt kan man se det slik at lovteksten gir opphav til mer enn én slutning).⁹⁶ Det som følger av en lesning av et enkeltord kan måtte revideres når ordet ses som en del av en videre sammenheng. Inngår to lignende uttrykk i forskjellige kontekster, kan dette tale for en differensiert tolking. I så fall kommer ikke hensynet til språklig konsekvens inn med særlig tyngde.

I Rt. 1907 s. 532 var spørsmålet om samme uttrykk i forskjellige kontekster fremme. Dommen inneholder et stort antall særvota, og er således ikke noe tungtveiende rettskildefaktor, men nevnes fordi den inneholder to motstridende syn på hva som generelt skal bety mest – ordets isolerte betydning eller konteksten. Spørsmålet i saken var hva som menes med "forklaring [...] bestemt til at afgive Bevis" i strl. § 166. Flertallet (4 dommere) kom til at uttrykket måtte gis et videre innhold enn det tilsvarende uttrykket i § 189. Av særlig

⁹⁴ Slik Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* s. 98, Boe: *Innføring i juss I* s. 169, Andenæs: *Innføring i rettsstudiet* s. 71, Mads Andenæs: *Rettskildelære* s. 15 og Augdahl: *Rettskilder* s. 161. Det gjelder enkelte unntak og presiseringer av dette, f.eks. i forhold til faguttrykk osv., som jeg ikke finner grunn til å gå nærmere inn på her.

⁹⁵ Se om kontekstuell tolking Boe: *Innføring i juss I* s. 174-176 og Mads Andenæs: *Rettskildelære* s. 16-18.

⁹⁶ Slutningsprosessen fra lovteksten beskrives av Eckhoff: *Rettskildelære* s. 39 som et spørsmål om "[...] hva man kan få ut av bestemmelsene så lenge man ikke bruker andre hjelpemidler enn sitt kjennskap til det norske språk og den juridiske terminologi".

interesse i vår sammenheng er førstvoterendes votum, som gir uttrykk for at man generelt må legge vekt på konteksten: ”om de omhandlede Ord er nævnt i en Lovbestemmelse, hvor de efter den Forbindelse, hvori de staar, maa forstaaes paa en bestemt Maade, saa kan dette gjelde, naar de i en anden § sættes i en anden Forbindelse, der ikke giver Føie til at begrændse Ordenes Forstaaelse eller Betydning” (s. 534).

Femtevoterende, som hørte til mindretallet, hadde et annet syn på dette – når et uttrykk brukes flere steder i lovgivningen, må det ”have Præsumtionen for sig, at Udtrykket ikke betyder et i et Lovsted og noget andet i et andet Lovsted” (s. 536). Presumsjonen underbygges senere av reelle hensyn – når lovgiver benytter et uttrykk som gjenfinnes i flere bestemmelser, er det grunn til å tro at meningen har vært å tillegge uttrykket samme betydning (s. 537).

Bruk av konteksten for å forstå et språklig uttrykk finnes også i Rt. 1960 s. 1409 (s. 1411).

Drøftelsen har hittil vært begrenset til å gjelde den språklige fortolkningen av et eller flere uttrykk, og i hvilke tilfeller denne taler for en avvikende fortolkning av to like eller lignende uttrykk. Dersom hverken ordlyden eller konteksten tilsier en differensiering, vil hensynet til språklig konsekvens trekke i retning av harmonisering. Spørsmålet blir imidlertid hvorvidt den innholdsmessige konsekvens tilsier noe annet, og om dette i tilfelle skal veie tyngre. *Eckhoff* antar at hensynet til innholdsmessig konsekvens normalt skal gå foran hensynet til språklig konsekvens.⁹⁷

Mens den språklige konsekvens som nevnt har mange berøringsflater mot slutningene fra lovteksten, har hensynet til innholdsmessig konsekvens en nær sammenheng med andre rettskildefaktorer, herunder særlig lovens formål og reelle hensyn. Problemstillingen blir derfor hvor mye som skal til for at de øvrige rettskildefaktorene skal veie tyngre enn forståelsen av ordlyden.

Særlig *lovens formål* står her sentralt. Har to bestemmelser forskjellige formål, vil man gjennom et forsøk på harmonisering kunne øve vold mot de hensyn som ligger til grunn for en eller begge vurderinger – enten ved at enkelte hensyn neglisjeres helt, eller ved at

⁹⁷ Eckhoff: *Rettskildelære* s. 336-337.

samtligte hensyn undergis en viss beskjæring eller avkortning. At lovformålet skal tillegges stor vekt i slike tilfeller – på bekostning av ordlyden i bestemmelsene – har god støtte i rettspraksis.

Et godt eksempel gir dommene i Rt. 1935 s. 42 og s. 697.⁹⁸ I den første saken sto en kjøpmann tiltalt for brudd på lukningsvedtektene ved salg av tobakksvarer. Han drev utsalg fra to rom med en gjenspikret dør imellom, og etter lukketid benyttet han bare rommet der det ikke ble solgt tobakk. Da det ikke forelå noen risiko for at kundene skulle få kjøpt varer fra det andre utsalget, kom Høyesterett til at hvert rom utgjorde ett utsalgssted i reglenes forstand, og at vedtektene derfor ikke var overtrådt.

I den andre saken sto samme mann tiltalt for å ha mer enn ett utsalgssted, noe som ifølge handelsloven var forbudt. Ettersom lovens formål var å forhindre konkurransehindrende monopoldannelser, ble mannen frifunnet. Høyesterett mente det ikke forelå noen slik fare i den foreliggende sak. I relasjon til handelsloven var det derfor tale om to utsalgssteder. Om forholdet til den forutgående dom, uttalte domstolen: ”Jeg kan ikke finne at denne avgjørelse kan tillegges nogen avgjørende betydning i nærværende sak, idet det jo er helt andre hensyn som har diktert bestemmelsen i handelsnæringslovens § 5 enn de som ligger til grunn for lukningsvedtektene” (s. 698).

Rt. 1957 s. 656 gjaldt tolkningen av uttrykket ”tjenestegren”, som forekom i flere forskjellige lover. Førstvoterende uttalte at:

”Det må bli gjenstand for en undersøkelse i det enkelte tilfelle hvilken betydning uttrykkene har, og herunder vil særlig lovens formål kunne være av betydning. Hensynene vil kunne være andre når det gjelder en bestemmelse om hvilke tjenestemannsorganisasjoner skal anerkjennes som forhandlingsberettiget enn når det gjelder spørsmålet om hvilken tjeneste skal regnes med i prøvetiden etter tjenestemannsloven” (s. 661).

Rt. 1982 s. 173 er et annet eksempel. Førstvoterende fremhevet at en lik fortolkning av uttrykket ”siktede” i strl. § 167 og straffeprosessloven ”[...] vanskelig kan forankres i lovgrunnen for straffrihetsreglen i § 167 første ledd” (s. 176). Rt. 1991 s. 943 bygger på lignende betraktninger. Høyesterett kom til at deres tolking av uttrykket ”forretningskontor” ikke harmonerte dårlig med andre lovbestemmelser som benyttet lignende eller

⁹⁸ Avgjørelsene brukes gjerne som eksempel på bruk av lovbestemmelers formål som argument, se Eckhoff: *Rettskildelære* s. 111-112 og Augdahl: *Rettskilder* s. 167. dommene drøftes også av Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* s. 102-103.

identiske uttrykk, da "[i]nnholdet i disse lovregler må fastlegges på selvstendig grunnlag, ut fra de formål som begrunner reglene" (s. 946-947). Se også Rt. 1950 s. 709 (gjengivelsen av herredsrettens dom på s. 711, som Høyesterett sluttet seg til) og 1988 s. 65 (s. 67). I Rt. 1995 s. 304 la Høyesterett uten videre til grunn at uttrykket "et større antall personer" må vurderes i forhold til den enkelte bestemmelse i straffeloven hvor det forekommer, se avgjørelsen s. 305.

Det vil ha betydning hvor presist det aktuelle uttrykket er. Særlig dersom et uttrykk er flertydig eller uklart, vil hensynet til språklig konsekvens ikke gjøre seg gjeldende med særlig styrke. At et uttrykk gir opphav til semantiske tolkingsproblemer gir derfor større spillerom for en differensiert tolking.⁹⁹

I Rt. 1968 s. 589 kom Høyesterett til at uttrykket "partene" i oreigningslova § 9 ikke nødvendigvis har samme betydning som i § 12 andre ledd:

"Etter min mening kan det imidlertid ikke trekkes noen bindende slutning av denne språkbruk. Ordet 'partane' er nokså nøytralt og lite eksakt, og det behøver ikke nødvendigvis å ha samme betydning i de to paragrafer" (s. 592).

Rt. 1988 s. 1110 gjaldt tolkingen av uttrykket "bopel" i tvml. § 18. Etter å ha referert et forsøk på å presisere uttrykket i forarbeidene til tvml. § 419a, og uttalte Høyesterett:

"Noe entydig bopelsbegrep som gjelder i alle rettslige relasjoner, kan ikke oppstilles. Definisjoner i likhet med den siterte har det til felles at de er nokså upresise, og til dels har elementer i seg som det er vanskelig å konstatere, således om det foreligger hensikt å bli boende varig. Det er ikke til å unngå at begrepet i noen grad må få et innhold som er formålsbestemt, og at spørsmålet om det foreligger bopel i tvilstilfelle vil måtte bero på en helhetsvurdering som i atskillig grad vil kunne bli skjønnsmessig" (s. 1117).

Avgjørelsen er bl.a. fulgt opp i Rt. 1994 s. 126, se s. 128.

⁹⁹ Se i denne retning Eckhoff: *Rettskildelære* s. 336. Se om semantiske tolkingsproblemer Eckhoff, op.cit. s. 54-57, Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* s. 99-101 og Boe: *Innføring i juss I* s. 172-173. Mens flertydighet gjelder forholdet mellom uttrykket og betydningen, angår vaghet forholdet mellom betydningen og referansen, se Kolfaath: *Flertydige lovtekster* s. 465 (se punkt 2.4.2 om skillet mellom uttrykk, betydning og referanse).

Et tilbakevendende problem i skatteretten er hvorvidt den privatrettslig forståelsen av et uttrykk skal legges til grunn i skatterettslige sammenhenger, f.eks. når skatteloven benytter uttrykk som "aksjeselskap" i § 2-2 og "gave" i § 5-2. *Zimmer* fremhever at utgangspunktet er at uttrykkene skal tolkes likt. Et moment ved bedømmelsen av om man skal legge til grunn en annen forståelse etter de skatterettslige reglene, er hvorvidt uttrykket har et klart definert innhold i privatretten.¹⁰⁰

Rettspraksis viser etter mitt skjønn at domstolene jevnt over legger stor vekt på hensynet til innholdsmessig konsekvens. Dersom slike mothensyn ikke gjør seg gjeldende, er det imidlertid grunn til å etterstrebe språklig konsekvens.

Rettspraksis gir flere eksempler på at Høyesterett uten begrunnelse har bygget på at lignende uttrykk bør harmoniseres. Se Rt. 1973 s. 433, 1980 s. 1219, 1994 s. 183 og 2000 s. 373.

Det er flere grunner til at en språklig harmonisering er ønskelig. For det første må man normalt anta at lovgiver vil søke å unngå at samme uttrykk tillegges vekslende betydning, der dette ikke fremgår klart av sammenhengen. Dette gjelder i hvert fall innenfor rammen av samme lov, og antagelig også i forhold til tilgrensende lover.¹⁰¹ For det andre er språklig konsekvens en verdi i seg selv, da en utstrakt bruk av divergens vil kunne medføre en fragmentering av rettsordenen.¹⁰² For det tredje bedrer en uniform tolking forutberegneligheten til de som må forholde seg til reglene. Hensynets vekt varierer avhengig av situasjonen. Særlig dersom et uttrykk har en innarbeidet betydning på rettsområde, vil det kunne komme som en ubehagelig overraskelse at det tillegges en avvikende betydning på et annet rettsfelt. I slike tilfeller bør forutberegnelighetshensynet tillegges stor vekt. For det fjerde vil en usikkerhet mht. avgrensningen av et uttrykk kunne virke prosessdrivende. Dersom Høyesterett normalt bygger på hensynet til språklig

¹⁰⁰ *Zimmer: Lærebok i skatterett* s. 48-49.

¹⁰¹ I Justisdepartementets hefte *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid* sies det på s. 88: "I samme lov skal det som hovedregel ikke brukes forskjellige betegnelser på samme forhold. [...] Det bør legges vekt på en ensartet terminologi også i forhold til beslektede lover [...] og i forhold til lover som angår forskjellige sider av samme forhold."

¹⁰² Se lignende synspunkter for formuerettens del, Tørum: *Konsekvens i formueretten* s. 338-339.

harmonisering, vil dette kunne gjøre det mindre attraktivt å anlegge sak der ens påstand er at et uttrykk må gis forskjellig betydning i to bestemmelser.

Det som nå er sagt, kan tale for å vektlegge språklig konsekvens også der dette går på bekostning av et av rettsrealismens hjertebarn, nemlig ønsket om å nå et konkret rimelig resultat i den enkelte sak. Slike rimelighetsbetraktninger har en nær sammenheng med den pragmatiske dimensjonen i norsk metodelære.¹⁰³ Å oppnå konkret rimelighet fordrer en fleksibel og avveiningsbasert tilnærming til jussen. Og – bør det tilføyes – en viss pragmatisme er et ønskelig smøremiddel i rettens maskineri. Men kanskje har ønsket om å finne den beste løsning i den konkrete sak blitt drevet for langt. Kanskje er det grunn til å legge større vekt på innholdet i de rettslige tekstene, herunder særlig lovtekstene, som jo er det rettslige styringsinstrumentet som folk flest hyppigst har befatning med.

Stiller man spørsmålet slik, kan sontringen mellom språklig og innholdsmessig konsekvens et stykke på vei ses som et valg mellom formalisme eller pragmatisme.¹⁰⁴ Det ligger i det jeg har sagt foran at en formalistisk tilnærming til jussen ikke nødvendigvis er et onde. Snarere tvert imot – det er større grunn til å besvære seg over å øve vold mot en naturlig forståelse av lovtekstene enn det man tradisjonelt har gjort i norsk metodelære. Så fremt en

¹⁰³ Jeg setter med dette ikke likhetstegn mellom rettsrealisme og rettspragmatisme. Gode grunner kan tale for å skille mellom disse retningene, se nærmere Blandhol: *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse* s. 370, *Hva er pragmatisme?* s. 521-522 og *Nordisk rettspragmatisme* s. 73-74. Mitt poeng er bare at rettsrealismen har en pragmatisk bestanddel, selv om retningen også inneholder komponenter som avviker fra en renskåren rettspragmatisk tilnærming til rettsanvendelsen. Om pragmatiske trekk ved rettsrealismen, se Blandhol: *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse* s. 389 og *Hva er pragmatisme?* s. 521.

¹⁰⁴ Sontringen mellom pragmatisme og formalisme er et allment diskusjonstema. Se for eksempel Tørum: *Konsekvens i formueretten* s. 314-315 og s. 333-337, Graver: *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper og Skiltmakerdommen som et veiskille?* Det er dog grunn til å understreke at man neppe kan operere med et skarpt skille mellom en pragmatisk og en formalistisk tilnærming til jussen generelt eller identitetsvurderingene spesielt. Se nærmere om det første Moltumyr Høgberg: *Pragmatisk formalisme og vice versa – en kommentar til Hans Petter Graver*, særlig s. 428-429.

formalistisk tilnærming ikke støter på motforestillinger av den art som er nevnt ovenfor i dette avsnittet, bør man således velge et konvergensprinsipp. Et stykke på vei bør dette etter mitt skjønn også gjelde selv om man støter på konkrete saker hvor en konvergerende tolking kan virke mindre rimelig enn en divergerende, så fremt den ikke er direkte formålsstridig.

Hva skal så foretrekkes av sterk og svak konvergens? Etter mitt skjønn bør utgangspunktet være svak konvergens. Å legge til grunn at flere bestemmelser viser til samme norm, kan ha en del uheldige konsekvenser. Det medfører bl.a. at rettskildefaktorene tilhørende en bestemmelse er relevant ved anvendelsen av en annen (se nærmere i punkt 7.2). Øyen fremhever at "[e]n felles norm for når en fortsatt forbrytelse kan konstateres på de ulike områdene, gir økt relevans for rettspraksis fra andre områder, som bidrar til rettsavklaring og forutberegnelighet".¹⁰⁵ Det er imidlertid ikke gitt at en slik utvidelse av argumenttilfanget gir mening – dette beror på om hensynene gir et verdifullt bidrag til fastleggelsen av normens innhold i forhold til samtlige sammenhenger hvor den har betydning. Videre vil man ved sterk konvergens være bundet av resultatet i en relasjon i alle andre sammenhenger hvor samme saksforhold skal bedømmes (se nærmere i punkt 7.3). Konsekvensene av dette kan være uoversiktlige (i hvert fall der et uttrykk har betydning i mange forskjellige relasjoner), og enkelte av dem kan vise seg å være mindre heldige. Det er derfor grunn til å ha døren mot en differensiering på gløtt, gjennom valget av svak konvergens som utgangspunkt.

2.5.4 Oppsummering

Jeg skal kort sammenfatte drøftelsene i punkt 2.5.2 – 2.5.3 ovenfor. Utgangspunktet ved løsningen av koherensfokuserte identitetsspørsmål er – her som ellers – det lovgiver har bestemt. Dersom lovgiver ikke har tatt standpunkt til spørsmålet, må man undersøke ordlyden i bestemmelsene man skal anvende. Følger det av alminnelige slutningsprinsipper at uttrykkene har samme betydning, bør dette veie tungt.

¹⁰⁵ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 233.

Skal man likevel legge til grunn et divergensprinsipp, må lovens formål tilsi dette. Dersom formålet til en av bestemmelsene blir skadelidende av konvergens, bør man differensiere. Men er dette ikke tilfellet, kan man godt legge til grunn et konvergensprinsipp også der formålet med en eller flere bestemmelser ikke blir *fremmet* av en harmonisering, og selv om en differensiering i og for seg vil kunne gi rimeligere resultater i den konkrete saken. Kommer man til at et konvergensprinsipp skal legges til grunn, bør utgangspunktet være svak konvergens. Det er i tilfelle sterk konvergens som krever særskilt begrunnelse.

2.6 En strafferettslig og en eller flere straffeprosessuelle identitetslærer?

Det vil i det følgende bli sondret mellom en strafferettslig og en straffeprosessuell identitetslære. F.eks. bygger gjennomgangen av reglene i kap. 3-5 på et slikt skille, ettersom det kun er de momentene som typisk trekkes frem i teorien som der benyttes ved tolkingen av hvert regelsett.

Dersom man legger til grunn at Høyesterett bygger på et sterkt konvergensprinsipp, kan en slik oppdeling ikke opprettholdes. Samtlige hensyn er relevante i enhver sak hvor identitet må fastlegges i forhold til en eller annen rettsfølge. Også svak konvergens er problematisk i forhold til tanken om klart atskilte identitetslærer – en harmonisering av reglene vil raskt kunne få en ”spill over-effekt”, hvor resultatet etter ett regelsett (som fremkommer gjennom en avveining av momentene tilhørende dette) kan bli avgjørende i forhold til et annet regelsett (hvor disse momentene normalt ikke har noen betydning).¹⁰⁶

At den følgende fremstillingen bygger på et skille mellom forskjellige identitetslærer, er først og fremst grunnet i et ønske om å få frem hvordan reglene tradisjonelt har blitt fremstilt i den juridiske teorien.¹⁰⁷ Fremstillingsmåten gjør det mulig å konfrontere teoriens segregerte tolking av reglene med Høyesteretts praksis, se nedenfor i punkt 6.3.

¹⁰⁶ Disse følgene av konvergens er drøftet nærmere i punkt 7.2.

¹⁰⁷ Teorien bygger imidlertid ikke på et unisont syn på hvilke momenter som er relevante, se punkt 6.2.

Et slikt skille utgjør også et inntak til å avgjøre hvilket prinsipp Høyesterett bygger på. Dersom det viser seg at domstolen oppstiller et skjønnstema eller trekker inn momenter som typisk assosieres med en annen identitetsregel enn den saken aktualiserer, kan dette tilsi at det har forekommet en sammenblanding av de to regelsettene som tilsier sterk konvergens (se nærmere om disse slutningsprinsippene i punkt 6.3.2).

Sondringen mellom en strafferettslig og en/flere straffeprosessuell(e) identitetslærer blir dermed også et virkemiddel for å avgjøre hvilket prinsipp rettspraksis legger til grunn. Dersom konklusjonen blir at Høyesterett bygger på et konvergensprinsipp, må tanken om separate identitetslærer forkastes. Dette er imidlertid ikke til hinder for å benytte skillet som utgangspunkt for drøftelsene.

3 Realkonkurrens

3.1 Innledning

Reglene om realkonkurrens trekker grensen mellom en rekke suksessive forbrytelser på den ene side, og den fortsatte forbrytelsen på den andre. Problemstillingen blir således hvorledes man skiller mellom forbrytelses-enhet og forbrytelses-flerhet, eller sagt på en annen måte, hvorvidt flere handlinger likevel skal bedømmes som ett lovbrudd.¹⁰⁸ Dersom man kommer til at handlingsrekken ikke utgjør en fortsatt forbrytelse og derfor rammes av flere straffebud, anvendes straffebestemmelsene i realkonkurrens. Realkonkurrensen er *likeartet* der samme straffebud er overtrådt flere ganger, og *ulikeartet* der det dreier seg om overtredelser av forskjellige straffebud.

3.2 Reglenes betydning

3.2.1 Foreldelse

At en handling bedømmes som én forbrytelse, har betydning for reglene om foreldelse av adgangen til å reise straffesak og mulighetene for å ta ut privat påtale.¹⁰⁹

Fristen for å reise straffesak begynner å løpe fra den dag det straffbare forholdet har ”opphørt”, jf. strl. § 68 første ledd. Så fremt en handlingsrekke regnes som et sammenhengende lovbrudd, begynner fristen derfor å løpe først når forholdet er avsluttet. Bedømmes handlingsrekken som en rekke enkeltstående lovbrudd i realkonkurrens, må foreldelse derimot beregnes for hvert enkelt av disse. Rt. 1994 s. 203 er et eksempel blant mange på at sondringen kan ha rettslig betydning. Har gjerningsmannen begått en lang

¹⁰⁸ Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 271-272.

¹⁰⁹ Derimot har skillet ikke betydning for foreldelse av adgangen til å fullbyrde en allerede idømt straff, se Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 222.

rekke handlinger over lengre tid, vil de eldste kunne være foreldet med mindre de inngår i en sammenhengende virksomhet.

Adgangen til å begjære privat påtale foreldes etter strl. § 80 første ledd fra det tidspunkt fornærmede ”er kommet til kunnskap om den straffbare handling og om hvem som har foretatt den”.¹¹⁰ Man har i rettspraksis lagt til grunn at fristen ikke begynner å løpe før det straffbare forholdet har opphørt.¹¹¹

3.2.2 Strafferammene

Når tiltalte domfelles for mer enn ett lovbrudd, skal det utmåles en felles straff for samtlige forhold. I slike tilfeller utvides både den nedre og øvre strafferammen, jf. strl. §§ 62 (fengselsstraff) og 63 (bøter), men det foretas ikke en ren sammenlegging av straffene. Det er på denne bakgrunn man sier at norsk rett bygger på *straffeskjerpelsesprinsippet*.¹¹² Jeg begrenser meg i dette punkt til å omtale reglene om fastsettelse av fengselsstraff.

Den nedre strafferammen skal, der det foreligger overtredelser av mer enn ett straffebed, være strengere enn det høyeste lavmål i noen av bestemmelsene. For de fleste straffebed har ikke dette så stor betydning, ettersom det ikke er fastsatt noen nedre strafferamme. Etter strl. § 17 første ledd bokstav a er den nedre grensen da fengsel i 14 dager. For konkurrenstilfellene innebærer § 62 at dommen ikke kan lyde på mindre enn 15 dagers fengsel.

¹¹⁰ Ordningen med privat påtalebegjæring som vilkår for straff blir ikke videreført i straffeloven av 2005, jf. NOU 2002:4 s. 183 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 62-64. Denne formen for foreldelse vil dermed miste sin aktualitet når den nye loven trer i kraft.

¹¹¹ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 233.

¹¹² Jf. f.eks. NOU 1992:23 s. 218 og Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) s. 38. Om andre prinsipper for utmåling av straff ved sammenstøt av forbrytelser, se Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 447, Bratholm/Matningsdal: *Straffelovens alminnelige del med kommentarer* s. 555, Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 295-301 og punkt 3.3.3 nedenfor.

Den øvre strafferammen skal være dobbelt så høy som den høyeste øvre strafferammen i noen av straffebudene. Loven tolkes imidlertid innskrenkende på dette punkt. Straffen skal ikke overstige summen av de øvre strafferammene for de forhold vedkommende blir domfelt for.¹¹³ Begrunnelsen for dette er at straffen ikke skal bli strengere når to forhold pådømmes under ett, enn den ville ha blitt dersom forbrytelsene hadde blitt behandlet separat.¹¹⁴ En ytterligere begrensning følger av strl. § 17 første ledd litra a, sammenholdt med litra b: Straffen i konkurrenstilfellene kan ikke overstige fengsel i 20 år.¹¹⁵ Straff i 21 år må forskrives i det enkelte straffebud. Begrunnelsen for at straff i 21 år kun kommer til anvendelse ved visse typer lovbrudd (f.eks. drap begått under nærmere bestemte omstendigheter, jf. strl. § 233 andre ledd) og ikke ved konkurrens, er at den øverste straff skal ha en markeringsfunksjon – muligheten for å pådra seg lovens maksimalstraff skal kun komme på tale der det er tale om ”særlig alvorlige lovbrudd”.¹¹⁶

Strafferammene i norsk rett er som regel så vide at domstolene uavhengig av strl. § 62 kan utmåle den straff som finnes passende. Reglene om forhøyelse av strafferammen har således ikke så stor betydning i praksis.¹¹⁷

3.2.3 Norsk straffelovgivnings stedlige virkeområde

Etter strl. § 12 må en straffbar handling som hovedregel ha vært begått ”i riket” for å kunne pådømmes i Norge. Dersom noen handlinger er begått i Norge, og noen i utlandet, vil hele forholdet kunne pådømmes her så fremt handlingsrekken bedømmes som et sammenhengende straffbart forhold.¹¹⁸ Hvis det legges til grunn at det er tale om

¹¹³ Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 448, Eskeland: *Strafferett* s. 414.

¹¹⁴ Bratholm/Matningsdal: *Straffelovens alminnelige del med kommentarer* s. 555.

¹¹⁵ Bratholm/Matningsdal: *Straffelovens alminnelige del med kommentarer* s. 555.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 62 (1980-1981) s. 31-32.

¹¹⁷ Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 368, Bratholm: *Strafferett og samfunn* s. 612. Se dog rettspraksis gjengitt i Bratholm/Matningsdal: *Straffelovens alminnelige del med kommentarer* s. 556.

¹¹⁸ Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 367, Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 275.

selvstendige forbrytelser, vil de som er begått i utlandet ikke kunne pådømmes med mindre de faller inn under et av unntakene i § 12.

3.2.4 Den strafferettslige klassifikasjon av handlingen

Sondringen forbrytelsesenhets-/flerhet kan ha betydning for subsumsjonen.¹¹⁹

Dette er aktuelt dersom et straffebud inneholder et mengdekrav. Det foreligger f.eks. tre tilfeller der gjerningsmannen har tatt gjenstander som tilhører andre. Verdien er såpass beskjedne at dette isolert sett må bedømmes som tre tilfeller av naskeri, jf. strl. § 391a. Anses dette for å være ett straffbart forhold, kan verdien samlet sett medføre at det foreligger et tyveri etter strl. § 257. Dette kan igjen ha en smitteeffekt over på reglene om påtalekompetanse, som i stor grad er knyttet opp til strafferammen i de bestemmelsene det er tale om å ta ut tiltale for. Eksempel: Dersom en rekke tilfeller av narkotikaomsetning anses som en sammenhengende forbrytelse, kan det samlede kvantum medføre at forholdet må henføres under strl. § 162 tredje ledd i stedet for andre ledd. Dette vil igjen være avgjørende for om det er riksadvokaten eller statsadvokaten som er kompetent til å ta ut tiltale, jf. strpl. §§ 65 nr. 1 og 66.

Disse følgene av sontringen mellom én og flere forbrytelser er imidlertid ingen direkte konsekvens av konkurransvurderingen, men skyldes utformingen av de enkelte straffebudene.

3.3 Legislativ begrunnelse for reglene om realkonkurrens

3.3.1 Innledning

Problemstillingen i dette punkt er hvilke hensyn som begrunner straffelovens sontring mellom forbrytelsesenhets- og -flerhet. Som det vil fremgå er det ganske forskjellige grunner

¹¹⁹ Eckhoff: *Bevistema og voteringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i straffesaker* s. 392.

til at lovgiver har innført et slikt skille i de ulike reglene. Det er derfor ikke mulig å operere med en felleskatalog av ”hensyn bak realkonkurrensinstituttet”.

3.3.2 Foreldelse

Foreldelsesreglene er begrunnet i at straffens individualpreventive effekt reduseres etter hvert som tiden går, samtidig som hensynet til gjerningsmannen i stadig større grad taler mot å straffe.¹²⁰ Videre tilsier rimelighetshensyn at straff ikke bør ilegges lang tid etter at handlingen ble begått.¹²¹ Dette fordrer en fastleggelse av når det foreligger en avsluttet handling, og når det bare er tale om et ledd i et fortsatt forhold.

3.3.3 Strafferammene

Reglene i strl. §§ 62 og 63 må ses i en historisk kontekst. Straffeskjerpelsesprinsippet utgjør et kompromiss mellom de to prinsippene man tidligere benyttet ved sammenstøt av forbrytelser, som begge kunne ha uheldige virkninger.

Kriminalloven av 1842 opererte med et kumulasjonsprinsipp ved realkonkurrens, og et absorpsjonsprinsipp ved idealkonkurrens. Etter kumulasjonsprinsippet skal straffene som ville ha blitt idømt for hvert forhold legges sammen. Etter absorpsjonsprinsippet konsumeres de lavere straffer av straffen for den alvorligste forbrytelsen. Begge prinsipper kunne gi uønskede resultater: Mens en sammenlegging av samtlige forhold raskt kunne gi urimelig høye straffer, ga absorpsjonsprinsippet lovbrøteren et frikort på lovbrudd så fremt han ikke begikk mer alvorlige forbrytelser enn de han allerede hadde på samvittigheten.¹²² Sett opp mot de nevnte prinsippene er straffeskjerpelsesprinsippet i strl. §§ 62 og 63 en slags hybrid: Ved domfellelse for flere forhold åpnes det for en viss økning i straffen (uavhengig av om det nye forhold har en lavere strafferamme enn de tidligere forgåelsene), men man unngår samtidig en ren addisjon av straffene.

¹²⁰ Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 543, NOU 1983:57 s. 245.

¹²¹ NOU 1983:57 s. 245.

¹²² Se Straffelovkomisjonens innstilling av 1896 s. 109-111 og Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 295-296.

Det fremheves undertiden at straffeskjerpelsesreglene er begrunnet i hensynet til *straffverdighet*.¹²³ Grunntanken er at det er mer straffverdig å begå to lovbrudd enn ett. Synspunktet er at der det foreligger to forhold, får den etterfølgende handling karakter av å være en gjentakelse, hvilket tilsier strengere straff.¹²⁴

Det kan imidlertid spørres hvorvidt det er fruktbart å knytte straffverdighetsvurderingen opp mot konkurrensspørsmålet, og vice versa. Det avgjørende i forhold til straffverdigheten er den handling eller unnlatelse gjerningsmannen er skyld i, samt den videre konteksten denne inngår i. Hvorledes dette skal bedømmes, beror fullt ut på bevisreglene. Handlingens straffverdighet knytter seg derfor opp mot det faktum som finnes bevist, ikke hvorvidt dette skal henføres under ett eller flere straffebud. *Andenæs* ser ut til å dele dette synspunktet når han uttaler at:

”Fra et *strafferettslig* synspunkt er det som regel ingen reell grunn til å bedømme handlingene som én forbrytelse. Det er liten grunn til at strafferammen skal forhøyes hvis det er foretatt to eller tre lovovertridelser med så lange mellomrom at de må betraktes som særskilte forbrytelser, men ikke hvis det foreligger en lang rekke overtridelser i så nær sammenheng at det er naturlig å se dem som et sammenhengende forhold.”¹²⁵

Vurderingen av om det foreligger et fortsatt straffbart forhold er, som det vil fremgå av det følgende, sammensatt og skjønnsmessig. Dette medfører at tilfeller hvor handlingens straffverdighet tilsier en økning av strafferammene vil kunne måtte bedømmes som et fortsatt straffbart forhold, mens to forhold som neppe er like straffverdige må ses som selvstendige lovbrudd, som aktualiserer en obligatorisk heving av minstestrafen.

¹²³ Termen straffverdighet benyttes gjerne som en samlebetegnelse på summen av krenkelsens alvor, graden av skyld og den verdimessige dom over handlingen. Tredelingen skriver seg fra Høgberg: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger* s. 549-551, og er lagt til grunn bl.a. hos Eskeland: *Strafferett* s. 131-134.

¹²⁴ Slik Eskeland: *Strafferett* s. 225. Eskeland fremhever straffverdighet som en generell grunn til å skille mellom forbrytelsesenheter og -flerhet. Dette kan ses som en del av begrunnelsen for strl. §§ 62 og 63, men kan vanskelig tilsi en slik sonndring *generelt*, f.eks. ved spørsmålet om norsk retts geografiske anvendelsesområde.

¹²⁵ *Andenæs: Alminnelig strafferett* s. 368 (Andenæs' kursivering). Uttalelsen gis tilslutning av justitiarius Ryssdal i et obiter i Rt. 1979 s. 190 (s. 194).

Etter mitt skjønn er den lovtekniske løsningen i strl. §§ 62 og 63 lite tilfredsstillende dersom ønsket er å markere en handlingsrekkes straffverdighet. En nyansering av strafferammene ut fra en straffverdighetstankegang kan ha mye for seg, men det er neppe fruktbart å knytte an til konkurransreglene for å realisere et slikt prosjekt. Det virker heller ikke som om domstolene vektlegger straffverdighet i særlig grad når konkurransspørsmålet skal vurderes, se punkt 3.4.3.7.

3.3.4 Norsk retts stedlige virkeområde

Regelen i strl. § 12, hvoretter en handling som hovedregel kun kan straffeforfølges i Norge dersom den er begått i riket, må ses i lys av folkerettslige normer om staters lovgivningsjurisdiksjon. Norsk straffelovgivning gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten, jf. strl. § 1 andre ledd.

Hovedregelen internasjonalt er statenes territorialhøyhet.¹²⁶ Handlinger begått på norsk territorium står Norge således fritt til å straffsanksjonere. Hvor langt en stat kan gå i å straffebelegge handlinger begått i utlandet, er mer uklart.¹²⁷ At straffeloven i utgangspunktet bare er anvendelig på handlinger begått på norsk territorium er derfor rasjonelt. Dette fordrer en fastleggelse av når en handling helt eller delvis har funnet sted i Norge.

3.4 Identitetsvurderingen

3.4.1 Innledning

Utgangspunktet for identitetsvurderingen er ordlyden i de straffebud som kan tenkes å ramme handlingene. Det finnes en rekke tilfeller hvor denne langt på vei løser identitetsspørsmålet. Dette gjennomgås nedenfor i punkt 3.4.2.

¹²⁶ Se om jurisdiksjon Ruud/Ulfstein: *Innføring i folkerett* s. 140-144, og mer utførlig Spiermann: *Moderne folkeret* s. 203-230.

¹²⁷ Se f.eks. drøftelsen i NOU 1992:23 s. 40-41.

Dersom lovteksten ikke yter et avgjørende bidrag, følger den nærmere grensedragningen av rettspraksis. De momentene som er lagt til grunn i andre avgjørelser vil dermed stå sentralt. Disse gjennomgås nedenfor under punkt 3.4.3.

Fremstillingens struktur avviker fra den man finner hos f.eks. *Eskeland*. Det foretas hos ham en kasuistisk gjennomgang av ulike typetilfeller.¹²⁸ Den følgende fremstillingen er derimot sentrert omkring de momentene som har betydning for identitetsspørsmålet, og disses innbyrdes vekt.¹²⁹ Begrunnelsen for at denne fremstillingsmåten er valgt, skyldes at fokuset i avhandlingen er rettet mot avveiningsprosessen, ikke tolkingsresultatene. Hovedinndelingen mellom tilfellene der lovgiver har statuert forbrytelsesenheter, og der dette følger av retningslinjene fra rettspraksis, er lagt opp på samme måte som hos *Røstad*.¹³⁰

3.4.2 Identitetsvurderingen baseres på slutninger fra lovtekstens ordlyd

Lovteksten i de aktuelle bestemmelsene kan gi et større eller mindre bidrag til å løse identitetsspørsmålet.

Det kan tenkes at en lovbestemmelse uttrykkelig fastslår at den ikke kan anvendes, dersom en handling faller inn under en annen bestemmelse, jf. f.eks. strl. §§ 255 andre ledd og 275 tredje ledd.¹³¹

Loven kan også etter sin ordlyd rette seg direkte mot én bestemt handling og dermed utelukke spørsmålet om realkonkurrens.¹³² Et drap av én person vil vanskelig kunne bedømmes som noe annet enn et enkeltstående lovbrudd (men man kan selvfølgelig dømmes for flere drap i konkurrens). Å forvolde en bestemt persons død knytter seg per definisjon til et bestemt tidspunkt. Annerledes dersom det er tale om flere forsøk på drap,

¹²⁸ Eskeland: *Strafferett* s. 225-229.

¹²⁹ Samme fremstillingsform gjenfinnes bl.a. hos Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 242-257

¹³⁰ Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 271-274.

¹³¹ Her kan man med et uttrykk hentet fra svensk rett tale om *subsidiaritetsklausuler*, se Jareborg: *Allmän kriminalrätt* s. 430. Noen synspunkter på slike klausuler av generell interesse finnes i Koskinen: *Synspunkter på några straffrättsliga konkurrensproblem* s. 193-194.

¹³² NOU 1983:57 s. 120.

hvor det kan komme på tale å anvende § 233 jf. § 49 i likeartet realkonkurrens. Gjerningsmannen gjør f.eks. flere mislykkede forsøk på å ta sitt offer av dage, og spørsmålet er om det foreligger like mange overtredelser av §§ 233 jf. 49 som havarerte drapsforsøk. Lovteksten løser ikke dette spørsmålet, og man må foreta en vurdering langs de linjer som skisseres i punkt 3.4.3. Særlig nærheten i tid vil her være av betydning.

Realkonkurrens kan også være utelukket fordi lovens ordlyd retter seg mot en pågående virksomhet (*kollektivforbrytelser*).¹³³ F.eks. det å uberettiget *forbli* på bestemte steder (§ 355), *delta* i en forening (§ 330) eller *utøve en virksomhet* uten den nødvendige offentlige tillatelse (§ 332). Realkonkurrens kan dog komme på tale hvis virksomheten har vært inaktiv i lengre perioder. Også da er man over i den vurdering som beskrives i neste punkt.

En annen gruppe hvor straffebudets ordlyd bidrar til å løse identitetsspørsmålet, er der det foreligger en sammensatt gjerningsbeskrivelse.¹³⁴ Et moment ved vurderingen av om et tyveri er grovt (§ 258), er f.eks. om det er forøvd ved innbrudd (§ 147). Og en voldtekt (§ 192) kjennetegnes ved at gjerningsmannen oppnår en uønsket seksuell kontakt ved hjelp av vold (§ 228) eller tvang (§ 222). De mer spesialiserte bestemmelsene kan her ikke anvendes i realkonkurrens med den generelle.

Et siste tilfelle er der det foreligger flere lovbrudd av varierende alvorlighetsgrad. Gjerningsmannen overtrer f.eks. strl. §§ 228 og 229 om legemskrenkelser flere ganger før han forsettelig tar livet av offeret, jf. § 233. I slike tilfeller konsumeres overtredelsene av bestemmelsene om legemskrenkelser av drapsbestemmelsen, så fremt det ikke foreligger vesentlige avbrudd i tid.¹³⁵

¹³³ Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 366, Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 272.

¹³⁴ Eskeland: *Strafferett* s. 228.

¹³⁵ Eskeland: *Strafferett* s. 227-228.

3.4.3 Identitetsvurderingen baseres ikke på slutninger fra lovtekstens ordlyd

3.4.3.1 Problemstilling

Dersom lovteksten ikke løser identitetsspørsmålet, vil retningslinjene som følger av de øvrige rettskildefaktorene – særlig forarbeidene og rettspraksis – danne utgangspunktet for vurderingen av om man står overfor en fortsatt forbrytelse eller ikke.

Dersom det er tale om flere handlinger som isolert sett oppfyller gjerningsinnholdet i samme straffebud, følger det av rettspraksis at dette bedømmes som en fortsatt forbrytelse såfremt handlingene er begått *i umiddelbar sammenheng*.¹³⁶ I Rt. 1991 s. 1538 (l. nr. 139b) ble f.eks. flere slag bedømt som én overtredelse av strl. § 229.

For tilfellene der det ikke foreligger en slik umiddelbar sammenheng, har man i teori og praksis tatt utgangspunkt i det vurderingstema som forarbeidene til straffeloven av 1902 oppstilte: ”[d]en hele Sondring bliver da en Skjønssag nærmest bygget på det samtlige af Omstændigheder fremkaldte Totalindtryk”.¹³⁷ Som momenter nevnes tidens, stedets og forsettets nærhet.¹³⁸ I rettspraksis har man også sett hen til en del andre momenter, herunder antallet fornærmede og handlingenes karakter.

Siktemålet med det følgende er å vise hvordan disse momentene benyttes i rettspraksis. Jeg har funnet det hensiktsmessig å behandle vekten av det enkelte moment fortløpende, fremfor å ha med et eget punkt om avveining.

¹³⁶ Se NOU 1983:57 s. 232, NOU 1992:23 s. 217, Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 366, Bratholm/Matningsdal: *Straffelovens alminnelige del med kommentarer* s. 552 og Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 272-274 med henvisninger til rettspraksis.

¹³⁷ Straffelovkomisjonens innstilling av 1896 s. 111.

¹³⁸ Disse anvisningene er lagt til grunn bl.a. hos Andenæs, *Alminnelig strafferett* s. 367, Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 277, og Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 240-241. De er også fulgt opp i rettspraksis, jf. f.eks. Rt. 1994 s. 203 (s. 204) og 2002 s. 917 (s. 922).

3.4.3.2 Tidsforløpet

Tidsmomentet er et tungtveiende argument ved konkurransvurderingen. Dersom det foreligger nærhet i tid, skal det mye til for å vinne frem med en anførsel om at det likevel er tale om selvstendige lovbrudd. Og omvendt: foreligger det ikke nærhet i tid, vil det normalt være tale om flere lovbrudd i realkonkurrens, selv om de øvrige momentene skulle trekke i retning av å bedømme forholdet som en fortsatt forbrytelse. Se f.eks. Rt. 1964 s. 787, hvor lange tidsintervaller ikke kunne oppveies av at det var tale om samme type handling, samme fornærmede og samme type gjerningssted.

Med tidsmomentet siktes det til hvor lang tid som er gått *mellom* handlingene eller unnlatelsene. Rettspraksis gir derimot ikke holdepunkter for at *det totale tidsforløpet* er rettslig relevant. Dersom den straffbare atferden finner sted hyppig nok til at intervallene ikke i seg selv tilsier at det er tale om flere selvstendige forhold, spiller det således ingen rolle om dette medfører at den fortsatte forbrytelsen vedvarer over flere år.¹³⁹ Rt. 1988 s. 738 (l.nr. 71) og 1991 s. 274 er eksempler på sammenhengende forbrytelser som har strukket seg over svært lang tid.

Når man i rettspraksis og teori taler om tidsmomentet, er det således tiden mellom forøvelsen av handlingene som er det aktuelle skjønnsstemaet. En fremstilling av hvor grensene går i forhold til de ulike forbrytelseskategoriene ville føre for langt ned i kasuistikken, og spørsmålet forfølges derfor ikke videre her. Det er dog grunn til å fremheve at enkelte typer lovbrudd vanskelig vil kunne utgjøre et sammenhengende lovbrudd, fordi de kun kan begås under visse sjeldent forekommende omstendigheter. Skatteunndragelse hos private er et eksempel på dette, ettersom selvangivelsen bare kan leveres en gang per år.¹⁴⁰

¹³⁹ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 242, Røstad: *Innkast i straffefeltet* s. 277-278.

¹⁴⁰ For en næringsdrivende kan dette stille seg annerledes, ettersom det er regnskapene gjennom året som gir grunnlag for skatteberegningen. Dette gir denne typen skatteunndragelse et mer konsistent preg. Se Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 243.

Ved vurderingen av tidsintervallene, bør det foruten selve lovbruddene også ses hen til hvor mye tid som har gått med til forberedelse og planlegging. Slike handlinger indikerer at plikten vil bli overtrådt også i fremtiden, og trekker i retning av at det foreligger en fortsatt forbrytelse.¹⁴¹ Den tid som medgår til forberedelse vil således kunne bidra til å opprettholde kontinuiteten i den forbryterske virksomheten, selv om lovbruddene ikke er så hyppig forekommende.

Dersom man i utgangspunktet befinner seg innenfor de grensene som nå er skissert, kreves det ikke at enhver anledning til å begå lovbrudd er benyttet. Et eksempel på dette er Rt. 1985 s. 584, som gjaldt manglende bokføring og innberetning av merverdiavgiftspliktige omsetninger. Ikke alle omsetningsoppgavene utgjorde brudd på regelverket. Dette hindret ikke at det forelå en fortsatt forbrytelse.

Dersom det først foreligger et betydelig avbrudd, vil det kunne ha betydning hvor langvarig og omfattende den forbryterske virksomheten har vært forut for dette.¹⁴² I Rt. 2002 s. 917 ble en mann dømt for én overtredelse av strl. § 192 for voldtekt av sin adoptivdatter fra hun var 10-11 år til hun var 19. De siste overgrepene fant sted julen 1985 og sommeren 1986, etter et opphold på ca. ni måneder. Oppholdet skyldtes at fornærmede i mellomtiden hadde bodd hos sin mor på en annen del av landet. Høyesterett anså dette som et sammenhengende straffbart forhold. Det ble bl.a. lagt vekt på at overgrepene hadde funnet sted nærmest kontinuerlig i en rekke år før avbruddet, hvilket ga forholdet et helt annet preg enn der enkeltstående samleier fant sted med tilsvarende mellomrom (se avgjørelsen s. 922).

¹⁴¹ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 246. En av avgjørelsene som Øyen nevner, Rt. 1995 s. 1922, er imidlertid ikke egnet til å underbygge synspunktet. Saken gjaldt ulovlig prissamarbeid mellom produsenter av bølgepapp. Samarbeidet bygget på en felles kalkulasjonsmodell for beregning av utsalgspris. Prisøkningene fremkom ved at selskapene ble enige om tall som skulle settes inn i kalkulasjonsmodellen. Det var dette samarbeidet som utgjorde det straffbare forholdet, ikke bruken av modellen, se dommen s. 1926. Samarbeidet var således ikke en indikasjon på at loven ville bli overtrådt i fremtiden, men konstituerte selve den straffbare atferden.

¹⁴² Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 246-248.

Et moment som ikke fremheves direkte i avgjørelsen, er at faren hyppig fortsatte å fremsette krav om seksuell kontakt gjennom telefoner og brev i den perioden datteren var bosatt hos sin mor (se gjengivelsen av lagmannsrettens dom på s. 921). Gjerningsmannen sto således for planlegging og forberedelser også i den perioden hvor disse ikke munnet ut i noen lovbrudd, hvilket som nevnt taler for at det foreligger en fortsatt forbrytelse.

3.4.3.3 Gjerningsstedet

At lovbruddene har tilknytning til samme gjerningssted er et moment som taler for at det foreligger en fortsatt forbrytelse. Rettspraksis etterlater imidlertid inntrykk av at dette først og fremst er et støttemoment. Se f.eks. Rt. 1985 s. 520, hvor retten la vekt på at flere tyverier fra samme forretning utgjorde ett straffbart forhold, hensett til ”at tyveriene er forøvd fra samme sted, innenfor et avgrenset tidsrom og ut fra det samme forsett” (s. 521).¹⁴³ Andre eksempler på at forbrytelsesstedet er nevnt, men ikke synes å være tillagt stor vekt, finnes i Rt. 1979 s. 190 og 2002 s. 917. I Rt. 1994 s. 786 ble det at det var tale om forskjellige gjerningssteder, oppveid av momentene samme fornærmede og samme type handling.

3.4.3.4 Forsettets enhet

At et forsett som favner over samtlige handlinger er et argument for at det foreligger en fortsatt forbrytelse, fremheves både i forarbeidene og i rettspraksis. I motsetning til de øvrige elementene i konkurransvurderingen, er dette et subjektivt vilkår. Det er imidlertid her som ellers tale om psykologiske prosesser hos gjerningsmannen, som ikke kan være gjenstand for direkte iakttakelse. Som ved bedømmelsen av om det er utvist subjektiv skyld må man her bygge på de objektive kjensgjerningene i saken.¹⁴⁴

¹⁴³ Tiltalte i saken hadde i alt stjålet fra fire forskjellige butikker. Dette ble bedømt som en fortsatt forbrytelse for hver butikk. Se punkt 3.4.3.5 om betydningen av at handlingene rammer forskjellige fornærmede.

¹⁴⁴ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 256.

Ved vurderingen av om det er utvist et felles forsett, vil graden av likhet mellom lovbruddene ha betydning. Videre vil et langt tidsforløp mellom forbrytelsene som regel være til hinder for å konstatere et felles forsett. At forholdene er begått på samme sted, vil likeledes trekke i retning av at et enhetlig forsett foreligger. Dette er også momenter med selvstendig betydning for grensedragningen. Men de får også en annen funksjon, ved at de tjener som bevis for gjerningsmannens subjektive overveielser.¹⁴⁵

I Rt. 1994 s. 203, som gjaldt tiltale for en lang rekke tjenesteforsømmelser, ble lovbruddenes karakter og tidsforløpet benyttet til å fastslå hvorvidt det forelå et felles forsett. Retten la vekt på at saken gjaldt til dels svært ulike lovovertridelser, begått over en lang tidsperiode, og at det derfor var vanskelig å finne noe felles forsett som dekket samtlige poster (s. 204). I forhold til en av underpostene stilte dette seg annerledes. Disse forholdene fremsto ”i det vesentligste som likeartete, og momentet felles forsett synes her fremtredende” (s. 205).

3.4.3.5 Antall fornærmede

At hvem som er fornærmet har betydning for vurderingen, er ikke blant de momentene som ble nevnt i forarbeidene til straffeloven av 1902. Høyesterett har imidlertid benyttet momentet som et ledd i vurderingen i flere avgjørelser.

Som et utgangspunkt har man å gjøre med separate lovbrudd dersom det foreligger mer enn en fornærmet.¹⁴⁶ Dette gir uttrykk for et vektsynspunkt. At det foreligger mer enn én fornærmet, er et tungtveiende argument mot å konstatere at en sammenhengende forbrytelse foreligger.

¹⁴⁵ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 256.

¹⁴⁶ Slik også Eskeland: *Strafferett* s. 229.

I forhold til integritetskrenkelsene og sedelighetsforbrytelsene må denne regelen anses å være absolutt.¹⁴⁷ At lovbruddet gjelder en krenkelse av fornærmedes person, vever forbrytelsen sammen med offeret i så stor grad at dette overskygger andre momenter som trekker i motsatt retning.

Synspunktet gjør seg ikke i like stor grad gjeldende der det er tale om en krenkelse av fornærmedes psyke eller fred, f.eks. ved å utvise ”skremmende eller plagsom opptreden”, jf. strl. § 390a. Gjerningsmannens handlinger vil her kunne være av mer generell karakter, særlig hvis de rammer en tilfeldig krets med personer.¹⁴⁸ Men også disse lovbruddene kan være så tett knyttet opp mot fornærmedes person at karakteristikken fortsatt forbrytelse må anses utelukket. En mann sjikanerer f.eks. flere av sine tidligere samboere gjennom slibrige telefonoppringinger. I slike tilfeller, hvor den psykiske integritetskrenkelsen rettes mot bestemte personer som gjerningsmannen har et forhold til fra før, bør forholdene bedømmes som selvstendige forbrytelser.

Også ved formuesforbrytelsene er hovedregelen at det er like mange lovbrudd som fornærmede, jf. f.eks. Rt. 1985 s. 520 og 1992 s. 1463. Men i slike tilfeller er ofte sammenhengen mellom lovbruddet og fornærmede langt svakere enn der offerets fysiske eller psykiske integritet blir rammet. Her vil andre momenter etter omstendighetene kunne veie opp for at det er tale om flere fornærmede. Høyesterett har i en sak om konkretisering av tiltalebeslutningen lagt vekt på lignende betraktninger, jf. Rt. 1997 s. 1771. I saken ble det til støtte for å anse tiltaltes handlinger (bruk av falske bankkort) for å være en fortsatt forbrytelse selv om den rammet flere fornærmede, trukket frem at det ”[s]ett fra domfeltes synsvinkel må [...] ha vært likegyldig og helt tilfeldig hvem som ble rammet” (s. 1773).

¹⁴⁷ Dette utelukker selvfølgelig ikke at det kan foreligge flere fortsatte forbrytelser i forhold til hver fornærmet, se Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 248-249 med henvisninger til rettspraksis.

¹⁴⁸ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 249. Jeg kan imidlertid ikke se at Øyen har rett i at uttalelsen i Rt. 1992 s. 445 i seg selv støtter opp under dette. Domstolen bemerket generelt at det kunne tenkes unntak fra regelen om at det er like mange lovbrudd som fornærmede, men knyttet ikke dette opp mot spørsmålet i saken (gjentatte skremmende eller ubehagelige telefonoppringinger).

3.4.3.6 Forbrytelsens karakter

Dersom flere handlinger som faller inn under samme straffebud er av svært forskjellig karakter, kan dette være et moment som taler mot å anse forholdet som en fortsatt forbrytelse. Rt. 1994 s. 203 gjaldt en lang rekke tjenesteforsømmelser. Det ble her lagt vekt på at det var tale om ”*svært ulike lovovertridelser* begått over en lang tidsperiode” (s. 204, min utheving). Et annet eksempel er dommen i Rt. 1989 s. 843. En industribedrift ble dømt for fire tilfeller av forurensning. Høyesterett uttalte at ”tilfellene av forurensning er så forskjellige i tid, *karakter* og årsak at jeg ikke kan se det her kan være naturlig å anse disse som et sammenhengende straffbart forhold” (s. 854, min utheving). Se også Rt. 1996 s. 353 på s. 355.

I de fleste tilfellene vil som nevnt det faktum at det er tale om handlinger av svært ulik karakter, også medføre at det vanskelig kan sies å foreligge et felles forsett, jf. f.eks. den nevnte dom i Rt. 1994 s. 203. Momentet må imidlertid kunne vektlegges også der et slikt forsett kan konstateres.¹⁴⁹ Dette forekommer dog sjelden i rettspraksis.

3.4.3.7 Straffverdighet

Som nevnt i punkt 3.3.3 kan straffverdighet ses som begrunnelsen for reglene om forhøyelse av strafferammen ved konkurrans. Spørsmålet blir hvorvidt det også utgjør et moment av betydning for grensedragningen mellom ett og flere forhold. Enkelte teoretikere har gått ut fra at dette er tilfellet.¹⁵⁰ Se også *Eskeland*, som antar at det foreligger en fortsatt forbrytelse der gjerningsmannen overtrer § 228 for å oppnå seksuell kontakt mot offerets vilje (jf. § 192), men at det foreligger to lovbrudd dersom han først legemskrenker vedkommende uten at han med dette søker å oppnå noe bestemt, og deretter bestemmer seg

¹⁴⁹ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 250-251.

¹⁵⁰ Bratholm: *Strafferett og samfunn* s. 614, Eckhoff: *Bevistema og voteringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i strafferetten* s. 401-402.

for å gjennomføre en voldtekt. Begrunnelsen for dette er at gjerningsmannen i slike tilfeller har gjort mer enn å ”bare” voldta, og at en domfellelse for begge forhold bedre gjenspeiler den økte straffverdigheten ved dette.¹⁵¹

Spørsmålet blir om straffverdighet trekkes frem som et moment ved grensedragningen i rettspraksis. Rt. 1962 s. 263 bygger på slike betraktninger. Tiltalte i saken, en 23 år gammel mann, var domfelt for tre samleier med en 15 år gammel jente, foretatt med henholdsvis fem og tre ukers mellomrom. Høyesterett anså at det ”må tillegges avgjørende vekt om de straffbare handlinger har en innbyrdes sammenheng, samt om det foreligger særlige forhold vedkommende de enkelte handlinger som gir grunnlag for en skjerpelse av straffen” (s. 264). I den aktuelle saken besto det et virkelig og fast kjærlighetsforhold mellom tiltalte og fornærmede, de planla å gifte seg, og den seksuelle omgangen hadde vært frivillig. Det ble derfor lagt til grunn at gjerningsmannens handlinger ikke var så straffverdige at de kvalifiserte til bruk av strl. § 62.

Denne bruken av straffverdighetsbetraktninger er avgjørelsen nokså alene om å bygge på. Det kan selvfølgelig ikke utelukkes at slike betraktninger har vært fremme i dommerens sinn, selv om de ikke har funnet veien videre ned i domspremissene. Dommeren ønsker f.eks. å gå ut over maksimumsstraffen for en enkelt overtredelse, og legger derfor identitetsnormen på strekk for å komme til at det er tale om to ulike forhold. Det er imidlertid vanskelig å gjøre seg opp noen mening om hvilke avgjørelser dette eventuelt gjelder, uten å gi seg den rene spekulasjonen i vold, og noen slik analyse vil derfor ikke bli foretatt her.¹⁵² Konklusjonen må derfor bli at straffverdighet i liten grad virker inn som et moment ved identitetsvurderingen i strafferetten.

¹⁵¹ Eskeland: *Strafferett* s. 228-229.

¹⁵² Se i denne sammenheng drøftelsen av læren om fasadelegitimasjon i punkt 2.4.3.

4 Tiltalebeslutningens innhold

4.1 Innledning

Startskuddet for de fleste straffesaker er at påtalemyndigheten tar ut tiltale.¹⁵³ Etter strpl. § 63 trer domstolene bare i funksjon etter begjæring fra en påtaleberettiget, og utgangspunktet er at påtalen er ubetinget offentlig, jf. strl. § 77. Dette er en direkte konsekvens av anklageprinsippet, hvoretter domstolene ikke skal kunne påbegynne en strafforfølgning på eget initiativ.¹⁵⁴

Straffeprosessloven § 252 stiller en rekke krav til tiltalebeslutningens innhold. Etter bestemmelsens første ledd nr. 4 skal tiltalen inneholde en ”kort, men så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder, med opplysninger om tid og sted”. Annerledes uttrykt skal tiltalen inneholde en noenlunde presis angivelse av det straffbare forholdet tiltalen gjelder. Også Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) stiller krav til innholdet i tiltalebeslutningen. Etter EMK art. 6 nr. 3 litra a har den som er ”charged with a criminal offence” rett til å bli ”informed [...] in detail, of the nature and cause of the accusation against him”. Normalt er det tiltalebeslutningen som fyller denne informasjonsfunksjonen. Høyesterett skiller som regel ikke menneskerettighetene ut til særskilt drøftelse, men bygger i stedet på at bestemmelsen i straffeprosessloven må fortolkes med EMK som rettesnor, jf. f.eks. Rt. 2001 s. 38 på s. 40 og Høyesteretts kjennelse av 29. januar 2008 (HR-2008-165-A) avsnitt 17. Det foretas derfor ingen særskilt drøftelse av EMK i det følgende.

¹⁵³ Dette gjelder med unntak av tilfellene der fornærmede igangsetter privat straffeforfølgning. Slike saker reises av fornærmede ved stevning, jf. strpl. § 412 første ledd. Er tiltale alt forkynt, sendes i stedet en erklæring til retten om at den private overtar straffesaken, jf. strpl. §§ 406 og 414.

¹⁵⁴ Se om prinsippet Hov: *Rettergang I* s. 139-140 og Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 35-40.

Som det vil fremgå nedenfor, er spesifikasjonskravet i strpl. § 252 mindre strengt der det anses å foreligge en fortsatt forbrytelse, enn der man har med en rekke selvstendige lovbrudd å gjøre. Dette fordrer en fastleggelse av hva som er samme forhold i henhold til bestemmelsen.

Reservasjonen ”så vidt mulig” i § 252 nr. 4 tar sikte på tilfellene hvor det foreligger flere straffbare forhold (slik at det lempelige spesifikasjonskravet ikke aktualiseres), men disse likevel ikke lar seg spesifisere.¹⁵⁵

4.2 Regelens betydning

Feil ved tiltalebeslutningen kan medføre avvisning av saken. Retten skal imidlertid gi påtalemyndigheten anledning til å rette feilen, og i den forbindelse foreta en nødvendig utsettelse av saken, jf. strpl. § 285 andre ledd.

Dersom førsteinstansen overser mangelen og pådømmer saken, vil dette utgjøre en saksbehandlingsfeil. Etter strpl. § 343 første ledd kan dette medføre opphevelse, så fremt feilen ”kan ha virket inn på avgjørelsens innhold”. Dette vil normalt ikke være tilfellet der det straffbare forholdet er upresist angitt i tiltalen. Feilen kan imidlertid smitte over på domsgrunnene eller spørsmålene til lagretten, ettersom disse ofte baseres på beskrivelsen i tiltalebeslutningen. Dette kan igjen medføre opphevelse av dommen. Men det er da manglene ved domsgrunnene eller spørsmålsstillingen som medfører opphevelse, ikke feilene ved tiltalebeslutningen i seg selv.¹⁵⁶

Et av hensynene bak spesifikasjonskravet er videre at tiltalte skal kunne forberede sitt forsvar. Dersom tiltalen er svært mangelfull, kan det tenkes at tiltaltes forsvarsmuligheter

¹⁵⁵ Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 916.

¹⁵⁶ Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 318, Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 920-921.

også affekteres. Dette kan igjen medføre opphevelse av avgjørelsen dersom retten likevel har pådømt forholdet, jf. Rt. 2001 s. 38 (dissens 3-2 om det konkrete resultatet).

4.3 Legislativ begrunnelse for regelen om spesifikasjon av tiltalebeslutningen

4.3.1 Problemstilling

Siktemålet i dette punkt er å gi en oversikt over de motstridende hensyn som ligger bak regelen i strpl. § 252. Ut over å konstituere den legislative begrunnelsen for regelen, har disse hensynene – særlig hensynet til en effektiv straffeprosess og rettssikkerhetshensyn – også en praktisk dimensjon. Når Høyesterett tar stilling til om kravene i § 252 er overholdt, trekkes hensynene inn i rettsanvendelsen, og øver dermed innflytelse på utfallet av identitetsvurderingen. Fremstillingen er lagt opp slik at de ulike hensyn presenteres i dette punktet, mens avveiningen av dem gjennomgås nedenfor i 4.4.

4.3.2 Tiltalen skal individualisere det straffbare forhold

Spesifikasjonskravet skal sørge for at det straffbare forholdet blir individualisert. Dette er en nødvendighet ettersom retten etter strpl. § 38 er bundet av det forhold tiltalen gjelder.¹⁵⁷ Tiltalen danner således en ramme for hvilke forhold retten er kompetent til å avsi dom for. Det må derfor være mulig å ut fra tiltalen identifisere hvilket straffbart forhold påtalemyndigheten ønsker pådømt i saken. Domstolen kan ikke gjennom en vagt formulert tiltalebeslutning gis *carte blanche* til å behandle ethvert forhold som streifes under hovedforhandlingen. En slik rettstilstand ville undergrave anklageprinsippet.

¹⁵⁷ Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 310, Hov: *Rettergang II* s. 86.

4.3.3 Kontroll med påtalemyndighetens rettsanvendelse

Tiltalebeslutningen skal bidra til at domstolen kan kontrollere påtalemyndighetens rettsanvendelse, jf. Rt. 2001 s. 38 på s. 41.¹⁵⁸ Ettersom retten ikke er bundet av påtalemyndighetens rettsoppfatning, er imidlertid behovet for en slik kontroll nok så begrenset.¹⁵⁹ Det kan imidlertid ha betydning i to relasjoner.

Etter strpl. § 286 kan retten avsi frifinnende dom dersom det forhold som er fremhevet i tiltalebeslutningen ikke er straffbart, eller straffansvaret har falt bort pga. foreldelse. I slike tilfeller er det utelukkende faktum i tiltalebeslutningen som danner grunnlaget for avgjørelsen. Det skal ikke finne sted noen bevisføring om skyldspørsmålet.¹⁶⁰ Dette fordrer at tiltalebeslutningen er utfyllende nok til at retten kan foreta en forsvarlig behandling av spørsmålet.

Tiltalebeslutningen vil også kunne danne grunnlag for domstolens kontroll av om tiltale er tatt ut av kompetent påtalemyndighet.¹⁶¹

4.3.4 Rettssikkerhet

Tiltalebeslutningen skal legge forholdene til rette for tiltaltes forsvar.¹⁶² Dette er et sentralt krav både etter strpl. § 252 og EMK art. 6, se f.eks. Høyesteretts kjennelse av 29. januar 2008 (HR-2008-165-A) avsnitt 17 og *Mattoccia mot Italia* avsnitt 60. På denne måten ivaretas tre forskjellige aspekter ved rettssikkerhetsidealet.¹⁶³

¹⁵⁸ Se også Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 310-311 og Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 915.

¹⁵⁹ Hov: *Rettergang II* s. 86.

¹⁶⁰ Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 1003.

¹⁶¹ Hov: *Rettergang II* s. 86-87.

¹⁶² Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 311, Hov: *Rettergang II* s. 84.

¹⁶³ Oppdelingen i det følgende bygger på flertallets begrunnelse i Rt. 2001 s. 38.

For det første skal spesifikasjonskravene hindre at tiltalte blir *overrumplet* under hovedforhandlingen, hvilket fordrer at han i størst mulig utstrekning ser hva som vil bli anført mot ham fra påtalemyndighetens side.¹⁶⁴ For det andre skal tiltalen gi tiltalte en *rimelig mulighet til å forbrede sitt forsvar*.¹⁶⁵ For det tredje skal reglene hindre at *personer utsettes for tiltaler på sviktende grunnlag*.

Mellom de to første hensyn er det en nær indre sammenheng. Begge har en side til kontradiksjonsprinsippet i straffeprosessen. Skal tiltalte kunne foreta en reell imøtegåelse av hva påtalemyndigheten hevder han har gjort, fordrer dette at han på forhånd er kjent med hva saken vil dreie seg om, og har tilstrekkelig tid til å planlegge sitt forsvar. Dette vil også kunne bidra til sakens opplysning. Dersom retten ikke fikk anledning til å høre et godt forbredt forsvar fra siktedes side, ville saksfremstillingen kunne bli ensidig, noe som igjen vil ha en negativ innvirkning på domstolens beslutningsgrunnlag.

4.3.5 Hensynet til en praktikabel straffeprosess

De hensyn som hittil er gjennomgått, trekker i retning av å oppstille strenge spesifikasjonskrav. Et mothensyn er imidlertid at straffeprosessen skal være praktisk gjennomførbare. Desto mer inngående det straffbare forholdet må angis i tiltalen, desto mer arbeidskrevende vil det bli for påtalemyndigheten å utferdige den. En omfattende tiltalebeslutning vil etter forholdene også kunne vanskeliggjøre rettens arbeid, f.eks. fordi domstolen må bruke mye tid på å få overblikk over sakens faktum.

I sin ytterste konsekvens ville et strengt spesifikasjonskrav kunne medføre at tiltale ikke ble tatt ut i tilfellene hvor det foreligger en omfattende virksomhet, fordi individualisering var umulig. Dette ville neppe være en heldig rettstilstand, jf. Rt. 1940 s. 25. I saken sto tre

¹⁶⁴ Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 311.

¹⁶⁵ I EMK er dette skilt ut som et separat krav, se EMK art. 6 nr. 3 litra b. Det er en nær sammenheng mellom denne bestemmelsen og litra a, se van Djik [et.al]: *Theory and practice of the european convention on human rights* s. 632 og *Sipavicius mot Litauen* avsnitt 27 og 28.

menn tiltalt for å i perioden 1937-39 ha solgt hhv. ca. 37.000, 9.000 og 6.000 flasker øl til ”utallige personer i Narvik”. Forsvareren anførte at så vel tiltalebeslutningen som domsgrunnene i underretten var utilstrekkelige. Om dette uttalte Høyesterett på s. 26-27 at: ”[s]kulle det forlanges at tiltalebeslutningen i slike tilfelle inneholder faktiske opplysninger som individualiserer de enkelte salg, eller iallfall en del av dem, ville dette ofte være ensbetydende med at en bevislig ulovlig salgsvirksomhet blir straffri”.

4.4 Identitetsvurderingen

Spørsmålet blir så hvorledes man avgjør hva som regnes som ”det forhold tiltalen gjelder” etter strpl. § 252 første ledd nr. 4. Sondringen forbrytelsesenhets- og -flerhetskravet står sentralt ved fastleggelsen av hvor omfattende faktumbeskrivelsen skal være. Dersom det foreligger en fortsatt forbrytelse, krever ikke Høyesterett at påtalemyndigheten skal individualisere samtlige ledd i hendelsesforløpet. Det kan i stedet gis en generell angivelse.¹⁶⁶

I utgangspunktet kunne en tenke seg at spørsmålet om tiltalebeslutningen er tilstrekkelig konkretisert, var et annet enn hvilken identitet det straffbare forholdet har. En kunne tenke seg et skille mellom en vurdering av hvorvidt det forelå en fortsatt forbrytelse, og en vurdering av hvorvidt de forhold saken gjaldt var angitt ”så vidt mulig nøyaktig” i tiltalebeslutningen. At kravene i strpl. § 252 lempes fordi tiltaltes handlinger utgjorde eller grenset opp mot en fortsatt forbrytelse, ville i så fall skyldes at de hensyn som taler mot et strengt spesifikasjonskrav gjør seg gjeldende på en helt spesiell måte i slike tilfeller.

Dikotomien mellom vurderingen av om det foreligger en fortsatt forbrytelse og kravene til *angivelse* av dette forholdet i tiltalebeslutningen, er imidlertid ikke lagt til grunn i rettspraksis. Høyesterett tar gjerne som utgangspunkt at *hvis* en lite konkretisert tiltalebeslutning skal aksepteres, *så* må det straffbare forhold som der omhandles være å anse som en fortsatt forbrytelse, og dette bedømmes ut fra en avveining av de hensyn som gjør seg gjeldende. Se f.eks. Rt. 1998 s. 1416 (s. 1418) og Høyesteretts kjennelse av 29. januar 2008 (HR-2008-165-A) avsnitt 11.

¹⁶⁶ Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 310, Hov: *Rettergang II* s. 88, Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 916.

Den sentrale problemstillingen i rettspraksis når det skal tas stilling til forholdets identitet, er hvorledes hensynene som taler for et omfattende spesifikasjonskrav skal avstemmes mot hensynet til en praktikabel straffeprosess.¹⁶⁷ Dette beror på hvilken vekt hensynene har i den enkelte sak.

Kjernen i rettssikkerhetshensynet er som nevnt at tiltalte skal kunne forberede sitt forsvar, og ikke bli overrumplet under hovedforhandlingen. Ved vurderingen av om hensynet er ivarettatt, må man trekke inn omstendigheter ut over selve tiltalebeslutningen, jf. Rt. 2001 s. 38 på s. 42. For det første kan en omfattende bevisoppgave utfylle en tynn tiltalebeslutning. I Rt. 1995 s. 1491 uttalte Høyesterett f.eks. at "tiltalen sammen med den detaljerte bevisoppgave må anses som tilstrekkelig individualisering slik at domfelte fikk anledning til å forberede sitt forsvar" (s. 1492). For det andre vil tiltalte ikke ha samme behov for en utfyllende tiltalebeslutning, der grunnlaget for denne er en forklaring han selv har avgitt for politiet. I Rt. 1998 s. 1416 var det tatt ut tiltale for grovt tyveri etter strl. § 257 jf. § 258. Tiltalen for disse forhold lød:

"I tiden januar 1995 og frem til mai 1995 i områdene Oslo, Asker, Lysaker, Karihaugen og Skedsmokorset, banet [tiltalte] seg adgang til ca 60 - 70 motorvogner og borttok blant annet CD-spillere, CD-plater, mobiltelefoner, solbriller og penger."

Bakgrunnen for at det ble tatt ut tiltale i saken var en forklaring tiltalte avga for politiet, men senere gikk bort fra. Førstvoterende uttalte at "[i] en slik situasjon er det ikke nødvendig av hensyn til siktedes muligheter til å forberede sitt forsvar å stille de samme krav til beskrivelse av det straffbare forhold, som i tilfeller hvor tiltalen bygger på annet grunnlag" (s. 1419).

¹⁶⁷ Det minnes om at fremstillingen av dette innholdsfokuserte identitetsspørsmålet er en "idealisert" versjon, der kun momentene som utvilsomt har spesiell relevans for tolkingen av strpl. § 252 trekkes inn. Hvordan vurderingen *faktisk* foretas, gjennomgås i punkt 6.3. Om begrunnelsen for å skille mellom en renskåren straffeprosessuell identitetsvurdering, og vurderingen slik den faktisk foretas, vises det til punkt 2.6.

Det fremgår av det som hittil er sagt, at rettssikkerhetshensynet kan gjøre seg gjeldende med forskjellig styrke avhengig av hvorledes saken ligger an. Dette gjelder imidlertid også de praktiske hensyn. Disse har særlig stor vekt der det er tale om en omfattende og langvarig virksomhet. En tiltalebeslutning som individualiserte alle disse forhold, ville raskt bli meget omfattende. Ut fra en kostnad/nytteanalyse vil man i slike tilfeller neppe kunne forsvare et strengt spesifikasjonskrav. Og i enkelte tilfeller er det ikke mulig å foreta en individualisering. En streng håndhevelse av strpl. § 252 ville her medføre at visse typer handlinger ikke kunne påtales. Det er flere eksempler på at man i rettspraksis har lagt avgjørende vekt på effektivitetsbetraktninger.

I Rt. 1993 s. 1009 var to menn bl.a. tiltalt for en langvarig helerivirksomhet, jf. strl. § 317. I mennenes leilighet var det funnet en mengde gjenstander som man antok var tyvegods. Tiltalebeslutningen for dette forhold lød slik:

"I perioden 1990 - 9. september 1992, i X eller omegn, for det vesentligste i ---vn. 13, har han sammen med B ved en rekke anledninger og av diverse personer bl.a. C, mottatt til eie, pant eller bruk, skjult, forvart eller søkt videresolgt diverse gjenstander bl.a. diverse gullringer og andre smykker, klokker, elektronisk utstyr, videoutstyr, fotoutstyr, klær/skotøy og tobakksvarer, enda han forsto eller viste uaktsomhet (før 01. juli 91 grov uaktsomhet) i så måte at gjenstandene var fravendt noen ved en forbrytelse eller naskeri."

Deretter ble det listet opp en lang rekke gjenstander med angivelse av rette eier, og så en rekke gjenstander som var beslaglagt hos de tiltalte, men hvor eieren ikke hadde latt seg oppspore. Høyesterett aksepterte tiltalebeslutningen. Det ble bl.a. pekt på at "det ville være en praktisk umulighet å behandle hvert enkelt erverv eller hvert enkelt tilfelle av forvaring for seg" (s. 1011). Samme synspunkt gjenfinnes i Rt. 1995 s. 1491 på s. 1492. Se også Rt. 2001 s. 38, hvor Høyesterett uttalte at kravet til individualisering ikke er særlig strengt når "dreier seg om en fortsatt forbrytelse der ingen enkeltstående straffbare handlinger lar seg individualisere" (s. 42).

Ved avveiningen kan også de straffbare forholdenes karakter kunne ha betydning. Strafferammen i de straffebud det er tale om å anvende vil kunne her stå sentralt. Desto strengere straff tiltalte risikerer, desto viktigere er det at han har et godt grunnlag for å forberede sitt forsvar. Men også der strafferammen er forholdsvis beskjeden, vil de straffbare forholdenes art kunne tenkes å spille inn på vurderingen, dersom en domfellelse for et forhold vil virke sterkt belastende for tiltalte. Selv om det er tale om en langvarig virksomhet som aktualiserer de praktiske hensyn, kan rettssikkerhetsbetraktninger derfor tenkes å slå igjennom. Avgjørelsen i Rt. 1992 s. 445 støtter opp under et slikt syn.

Tiltalte i saken hadde foretatt mellom 150 til 170 skremmende telefonoppringinger til forskjellige personer, jf. strl. § 390a. Bare seks tilfeller var spesifisert i tiltalen. Høyesterett erkjente at en individualisering ville ”bli meget tidkrevende all den stund domfelte ikke har erkjent forholdene” (s. 447). Men retten mente at påtalemyndigheten ”uten særlig skade for rettsanvendelsen” kunne ha begrenset forfølgningen til et ”overkommelig antall av de groveste tilfellene”, og latt de øvrige ligge (l. c.). Forholdet kunne ikke bedømmes som en fortsatt forbrytelse, og Høyesterett begrenset seg derfor til å omtale de seks spesifiserte punktene i tiltalebeslutningen.

Det var i saken tale om et straffebud med en beskjeden strafferamme. Maksimalstraffen etter strl. § 390a var på dette tidspunktet seks måneders fengsel.¹⁶⁸ Likevel kom Høyesterett til at tiltalen var for lite spesifisert. Et moment som talte for dette, var at det var teknisk mulig å spesifisere samtlige forhold. Et annet forhold som skiller Rt. 1992 s. 445 fra andre avgjørelser som omhandler narkotikaomsetning eller formuesforbrytelser, hvor lignende upresise tiltalebeslutninger har blitt akseptert, er de straffbare handlingenes art. Det var tale om domfellelse for en type lovbrudd som ville innebære en sterk sosial misbilligelse, og som derfor ville kunne ramme tiltalte hardt. I slike tilfeller har vedkommende en særskilt interesse av å verge seg mot tiltalen, og dette medfører igjen at

¹⁶⁸ Strafferammen ble ved lov 4. juli 2003 nr. 76 skjerpet til fengsel i maksimalt to år.

han har et stort behov for å stable et fyllestgjørende forsvar på bena. I saker av denne art kan ikke praktiske hensyn uten videre gis gjennomslag.

5 Bevis- og voteringstemaet

5.1 Innledning

Det er sikker rett at hvert voteringstema ved behandlingen av skyldspørsmålet kun kan angå ett straffbart forhold. Dersom A er tiltalt for å ha stjålet tre ulike gjenstander, kan det således bare oppstilles ett voteringstema for dette såfremt forholdet anses som en fortsatt forbrytelse. Er det tale om selvstendige lovbrudd, må det oppstilles like mange voteringstemaer som forbrytelser. Ettersom det straffbare forholdet som sådan er voteringstema, blir dette også et særskilt bevistema i saken.¹⁶⁹ Dette gir opphav til et identitetsspørsmål – hva skal i forhold til reglene om bevis- og voteringstemaet regnes som ”samme forhold”?

I praksis ser man at denne vurderingen foretas som et ledd i – eller i forlengelsen av – vurderingen av om det straffbare forholdet er tilstrekkelig spesifisert i tiltalen. Denne nære forbindelsen mellom vurderingene, kan nok skyldes at det gjerne er tiltalebeslutningen som danner grunnlaget for voteringstemaet, særlig der det skal stilles spørsmål til lagretten.¹⁷⁰

5.2 Reglenes betydning

En grunnleggende sontring i straffeprosessen går mellom skyld- og straffespørsmål.¹⁷¹ Det følger av strpl. § 33 at det skal stemmes særskilt over skyldspørsmålet. I dette ligger at det

¹⁶⁹ Eckhoff: *Bevistema og voteringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i straffesaker* s. 393.

¹⁷⁰ Men retten er selvfølgelig ikke *bundet* av tiltalen når voteringstemaet skal utmeisles. Den kan f.eks. stille separate spørsmål, selv om forholdet i tiltalen er beskrevet som en fortsatt forbrytelse. Se Husby: *Noen betraktninger om spørsmålsstillingen til lagretten i narkotikasaker* s. 313.

¹⁷¹ Sontringen vil bli berørt i det følgende, men jeg tar ikke sikte på en fullstendig gjennomgang av hvordan grensen skal trekkes. Det vises i stedet til Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 151-158, Bjerke/Keiserud:

ikke kan skje noen oppdeling av avstemmingen, f.eks. slik at man først tar stilling til om tiltalte har utført handlingen, deretter om det foreligger en straffrihetsgrunn osv.¹⁷²

Systemet har den konsekvens at samtlige stemmer for domfellelse eller frifinnelse skal kumuleres.¹⁷³

For saker som behandles med lagrette, er det juryen som skal avgjøre skyldspørsmålet ved å svare ja eller nei på om tiltalte er skyldig, jf. strpl. § 366. Hvert spørsmål skal bare angå en tiltalt, og ”så vidt mulig bare ett straffbart forhold og bare én straffebestemmelse”, jf. § 364 andre ledd. Reservasjonen ”så vidt mulig” er utformet med henblikk på tilfellene der det foreligger flere straffbare forhold, men disse likevel ikke lar seg tid- og stedfeste individuelt.¹⁷⁴ Spørsmålet skal ifølge § 366 inneholde en ”så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder, med opplysninger om tid og sted”. For saker som føres for meddomsrett har loven ingen tilsvarende regel, men det er sikker rett at man ved utformingen av bevis- og voteringstemaet skal gå frem på samme måte som i juriesaker.¹⁷⁵ Dette ble funnet for selvsagt til å ta med i loven.¹⁷⁶

Dersom det legges til grunn at noe utgjør en fortsatt forbrytelse, skal det således spørres under ett om dette forholdet.¹⁷⁷ Det er imidlertid adgang til å stille alternative spørsmål, ved hjelp av ord som ”og/eller”.¹⁷⁸ Stilles det ett spørsmål om tiltalte har begått en fortsatt forbrytelse, blir bevistemaet forholdet som sådan, ikke de enkelthandlinger som går inn under det. Denne sontringen kan ha avgjørende betydning for hvordan vurderingen av

Straffeprosessloven med kommentarer I s. 123-132, Hov: *Rettergang II* s. 287-308 og Matningsdal: *Grensen mellom skyld- og straffespørsmål* s. 287-299.

¹⁷² Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer I* s. 129.

¹⁷³ Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 151.

¹⁷⁴ Andenæs: *Norsk straffeprosess II* s. 48-49, Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 1159. Se om den tilsvarende reservasjon i § 252 ovenfor i punkt 4.1.

¹⁷⁵ Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 174.

¹⁷⁶ Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer I* s. 129.

¹⁷⁷ Andenæs: *Norsk straffeprosess II* s. 47.

¹⁷⁸ Andenæs: *Norsk straffeprosess II* s. 47, Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 1159.

skyldspørsmålet faller ut. Gjerningsmannen er f.eks. tiltalt for tre tilfeller av tyveri. Det foreligger sterke beviser for at han har bedrevet en omfattende tyverivirksomhet, men det lar seg ikke konstatere ut over enhver rimelig tvil at han står for noen av tyveriene isolert sett. Bedømmes forholdet som et fortsatt straffbart forhold, stenger ikke rimelig tvil mht. et eller flere av tyveriene for at den kriminelle virksomheten som sådan skal kunne anses bevist. I slike tilfeller skal svaret på skyldspørsmålet således være ja.

Et annet tilfelle der skillet har betydning, oppstår der det er uenighet om hvilke handlinger tiltalte har begått, men det samlet sett foreligger nok stemmer til domfellelse. Et eksempel hos *Scheie* kan tjene til illustrasjon:¹⁷⁹ A er tiltalt for tyveriet av to gjenstander, m og n. Forholdet bedømmes som ett tyveri, og lagretten forelegges et felles spørsmål. Fire medlemmer av lagretten mener at A har tatt m, tre anser det godtgjort at han har tatt n, de øvrige benekter begge tilegnelser. Det vil her foreligge syv stemmer for at A er skyldig, og resultatet blir domfellelse, jf. strpl. § 372 første ledd. Hadde det vært stilt et spørsmål for hver gjenstand, ville A blitt frifunnet.

Kommer retten til at det foreligger en fortsatt forbrytelse, hører det under behandlingen av straffespørsmålet å ta stilling til hvilket omfang den kriminelle virksomheten har hatt.¹⁸⁰ Unntaket er der omfanget har betydning for subsumsjonen, f.eks. hvis loven skiller mellom en simpel og grov forbrytelse, se til illustrasjon strl. §§ 257 og 258.¹⁸¹ For straffutmålingsmomenter med tilknytning til handlingens objektive grovhet er det antatt at in dubio pro reo-regelen får anvendelse på samme måte som ved avgjørelsen av skyldspørsmålet.¹⁸² Men spørsmålet blir også her hvorvidt det er hevet over enhver rimelig

¹⁷⁹ Scheie: *Den norske straffeprosess I* s. 425.

¹⁸⁰ Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer I* s. 129. Se også Rt. 1912 s. 215, særlig syvendevoterendes votum. Selve spørsmålet om det foreligger en fortsatt forbrytelse, hører naturligvis under skyldspørsmålet, se Hov: *Rettergang II* s. 298.

¹⁸¹ Hov: *Rettergang II* s. 295-296 og s. 306-308, Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 158, Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer I* s. 123, Matningsdal: *Grensen mellom skyld- og straffespørsmål* s. 287-289.

¹⁸² Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 179 og Hov: *Rettergang I* s. 364, med henvisninger til rettspraksis.

tvil at forbrytelsen har hatt det omfang som tiltalen indikerer, ikke hvorvidt det er ført fyllestgjørende bevis for de enkelte handlingene. Og ved avgjørelsen av straffespørsmålet kreves det ikke kvalifisert flertall for å legge et faktum til grunn i tiltaltes disfavør, slik tilfellet er ved avgjørelsen av skyldspørsmålet, jf. strpl. § 35 annet ledd, første punktum.

Feil ved spørsmålsstillingen utgjør en saksbehandlingsfeil som må bedømmes etter strpl. § 343 første ledd.¹⁸³ Spørsmålet blir om feilen ”kan ha innvirket” på resultatet.

5.3 Legislativ begrunnelse for reglene om bevis- og voteringstemaet

5.3.1 Problemstilling

Problemstillingen i dette punktet er hvilke hensyn som ligger bak de reglene som avgjør hva som skal regnes som ett straffbart forhold i relasjon til bevis- og voteringstemaet. All den tid avveiningen av rettssikkerhet mot praktiske hensyn også utgjør kjernen i identitetsvurderingen, blir situasjonen dermed den samme som ved tolkingen av strpl. § 252 i kapittelet ovenfor. Fremstillingen er her lagt opp på samme måte som ved behandlingen av denne bestemmelsen: Hensynene gjennomgås isolert i inneværende punkt, mens avveiningen behandles separat i punkt 5.4 nedenfor.

5.3.2 Hensynet til den alminnelige rettsfølelsen

Et hensyn som i dag mest har historisk interesse, er tanken om at det kan virke urimelig at en person som beviselig har hatt en ulovlig virksomhet gående over lengre tid skal frifinnes, når det er på det rene *at* han har utøvet en kriminell virksomhet, men de konkrete handlingene denne har munnet ut i ikke lar seg fastslå. Dette var *Scheels* ankepunkt mot *Scheies* sterke betoning av at in dubio pro reo-prinsippet tilsa et strengt individualiseringskrav.¹⁸⁴ Høyesterett har imidlertid ikke trukket inn dette hensynet ved tolkingen av reglene.

¹⁸³ Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 1159.

¹⁸⁴ Scheel: *Straffedommer på alternativt grunnlag* s. 15-17.

5.3.3 Rettssikkerhet

At man ved en fortsatt forbrytelse skal foreta en *en bloc* bevisvurdering, kan være betenkelig i et rettssikkerhetsperspektiv.

Ut fra et strengt in dubio pro reo-prinsipp, vil muligheten for at tiltalte kan bli dømt, selv om bevisene ikke ville ha holdt for noen av de enkelte handlingenes del, raskt fremstå som et uholdbart resultat. Dette var avgjørende for *Scheies* del.¹⁸⁵ I Rt. 1912 s. 215 ble det imidlertid lagt til grunn at reglene ikke kan tolkes så strengt at enhver sammenslåing av flere handlinger under ett voteringstema er i strid med loven.

I saken var det stilt ett spørsmål til lagretten om hvorvidt tiltalte hadde dyttet fornærmede, samt tilført ham et slag, eventuelt om tiltalte hadde ”forholdt sig mod ham paa en af disse maader”. Én dommer ga her uttrykk for synspunkter som langt på vei minner om drøftelsen hos *Scheie*, og trakk bl.a. frem muligheten for at tiltalte ble dømt for to forhold som var slått sammen til ett spørsmål, på tross av at det ikke forelå tilstrekkelig med stemmer til domfellelse for noen av handlingene isolert sett (avgjørelsen s. 221). Førstvoterende (med tilslutning av fem dommere) uttalte imidlertid at ”det vistnok vilde lede til nær sagt uoverkommelige vanskeligheter, om man vilde opstille den fordring, at det straffbare forhold ved lagrettens kjendelse skal fastslaaes i alle sine detaljer” (s. 218).

Begrunnelsen for å fravike et absolutt individualiseringskrav var altså ikke – slik *Scheel* fremholdt – at den alminnelige rettsfølelsen krever et generelt bevis- og voteringstema der det foreligger en fortsatt forbrytelse, men snarere at dette er den løsningen som fremstår som mest praktisk. Dette er kanskje et eksempel på at dommere er mer lydhøre overfor pragmatiske løsninger enn prinsippunge resonnementer.

¹⁸⁵ *Scheie: Den norske straffeprosess I* s. 425, som fremholder at regelen kan medføre en ”grunnløs straffedom”.

5.3.4 Hensynet til en praktikabel straffeprosess

Av hensyn til domstolens arbeidsmengde og en rimelig kostnadseffektivitet under domstolsprosessen, vil det kunne være nødvendig å begrense så vel voterings- som bevisstemaet. Dette hensynet har alt vært nevnt i forbindelse med utforming av tiltalebeslutningen. Det gjør seg gjeldende med enda større tyngde når bevis- og voteringstemaet skal fastlegges, ettersom dette vil være avgjørende for omfanget av bevisføringen. Tiltalte har f.eks. stjålet gjenstander fra samme butikk over en årrekke – det dreier seg om flere hundre handlinger. Dersom det teknisk sett er mulig å individualisere samtlige forhold, ville det måtte forekomme bevisføring om de enkelte tyverier. En slik løsning ville selvfølgelig være svært uhensiktsmessig.

5.4 Identitetsvurderingen

I likhet med identitetsvurderingen etter strpl. § 252, avgjøres hva som utgjør samme forhold etter reglene om bevis- og voteringstemaet typisk gjennom en avveining av hensynet til rettssikkerhet og de praktiske hensyn.¹⁸⁶

Andenæs og Bjerke/Keiserud antar at hva som utgjør ett bevis- og voteringstema, må klarlegges etter samme prinsipper som ved avgjørelsen av hvilket forhold retten er bundet av etter strpl. § 38, og hvilket krav som er rettskraftig avgjort etter strpl. § 51.¹⁸⁷ Retten kan selvfølgelig ikke votere over forhold den ikke er kompetent til å pådømme, jf. for jursakenes vedkommende strpl. § 364 første ledd. Et annet spørsmål er imidlertid hvor mange straffbare forhold som foreligger i forhold til reglene om bevis- og voteringstemaet. Som det vil fremgå, beror dette på en avveining av hensynet til tiltaltes rettssikkerhet og hensynet til effektivitet. Dette er andre kriterier enn de som tradisjonelt benyttes når forholdets identitet skal fastlegges etter strpl. § 38.

Praktiske hensyn er gitt forholdsvis stor gjennomslagskraft i rettspraksis. Et eksempel er Rt. 1990 s. 156, som gjaldt tyvjakt. Tiltalte hadde i perioden juli 1982 til desember 1986

¹⁸⁶ Som ved vurderingen etter strpl. § 252, er fremstillingen av identitetsvurderingen på dette punkt mer ideell enn reell. Det vises til note 167 ovenfor.

¹⁸⁷ Andenæs: *Norsk straffeprosess II* s. 47 og Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 1158.

fanget eller avlivet fredet vilt. Tiltalen inneholdt elleve særskilt beskrevne forhold.

Lagmannsretten la til grunn at tiltalte var skyldig i ti av disse, samt at han ”i omfattende grad har fanget eller avlivet fredet vilt ut over dette, selv om omfanget for lagmannsretten ikke lar seg tallfeste”. De individualiserte forhold ble således vurdert som eksempler på handlinger som ble foretatt som et ledd i en fortsatt forbrytelse. For Høyesterett hevdet forsvareren at lagretten skulle ha vært forelagt et spørsmål for hver overtredelse.

Domstolen var ikke enig i dette. Ut fra omstendighetene i saken ville det ikke bare vært upraktisk, men ”direkte uheldig om det skulle kreves særskilt spørsmål til lagretten for hver enkelt overtredelse” (s. 157). Se også Rt. 1993 s. 1009 på s. 1011.

Som ved utformingen av tiltalebeslutningen, kunne et strengt individualiseringskrav gjøre det umulig å rettergangsføre visse typer lovbrudd (se punkt 4.4). I slike tilfeller kommer effektivitetshensynet inn med særlig styrke, jf. f.eks. Rt. 1997 s. 1771.

Saken gjaldt en mann som ved en rekke anledninger hadde benyttet falske bankkort til å ta ut penger og varer fra automater. Det var i alt tale om 490 enkelthandlinger. Dette ble ansett å være ett straffbart forhold for hvert av de fem kortene som tiltalte hadde benyttet. Høyesterett uttalte at ”[o]m hver enkelt handling var blitt bedømt som ett straffbart forhold, ville man lett kunne komme i den situasjon at det med sikkerhet kunne sies at den tiltalte var skyldig i en del av handlingene, men at det for hver handling vurdert isolert kunne reises rimelig tvil om han hadde utført akkurat denne ene handlingen” (s. 1773). Domstolen kunne ikke se at rettssikkerhetshensynet tilsa en slik vurdering. Tiltaltes rettssikkerhet var ivaretatt gjennom regelen om at enhver rimelig tvil skulle komme ham til gode når forbrytelsens omfang skulle fastlegges (l. c.).

Se også Rt. 2001 s. 38 på s. 42, referert ovenfor i punkt 4.4, som gir anvisning på en lempelig vurdering der forholdet ikke kan spesifiseres. Saken gjaldt strpl. § 252, men Høyesterett uttalte at spesifikasjonskravet etter bestemmelsen måtte ses i sammenheng med rettssikkerhetskravene som gjelder når domstolen tar stilling til realiteten i saken (s. 41).

6 Fortsatt forbrytelse i teori og praksis. Konvergens eller divergens?

6.1 Hva kapittelet omhandler

I kapittel 3 – 5 ovenfor er tre ulike regelsett som inneholder identitetsvurderinger gjennomgått. Fremstillingen har vært tuftet på et divergensprinsipp, der reglene har vært presentert som tre separate avveiningsnormer, med hver sine sett av relevante momenter (se punkt 2.6).

Problemstillingen i dette kapittelet er hvorvidt den forutgående fremstillingen gir et dekkende bilde av hvorledes identitetsvurderingene faktisk foretas i teori og praksis. Er det tale om tre atskilte identitetsnormer, eller er bildet mer sammensatt enn som så? Spørsmålet er med andre ord hvorvidt Høyesterett og juridiske forfattere har lagt til grunn et konvergens- eller divergensprinsipp.

6.2 Hvilket prinsipp legges til grunn i den juridiske teori?

Hvorvidt grensen mellom hva som utgjør en fortsatt forbrytelse skal trekkes likt i ulike relasjoner er reist en rekke steder i teorien, men drøftes sjelden inngående.¹⁸⁸

I sin drøftelse av konkurransreglene uttaler *Andenæs*:

”I og for seg kunne man godt tenke seg å trekke grensen forskjellig for hva som er én forbrytelse i straffelovens forstand og hva som prosessuelt er ett straffbart forhold.

¹⁸⁸ Betegnende i så måte er at den grundigste behandlingen av emnet jeg har funnet, foretas i en sensorveiledning til hjemmeksamen på 4. avdeling av masterstudiet i juss ved universitetet i Tromsø (våren 2006). Veiledningen er på 32 sider.

Men i praksis har man gått ut fra at det som strafferettslig er én fortsatt forbrytelse, også er ett forhold i prosessuell forstand, og omvendt.”¹⁸⁹

En lignende generell uttalelse finnes i *Andenæs’* drøftelse av rettens forhold til tiltalebeslutningen. Etter å ha nevnt en del regler i straffeprosessen som inneholder identitetskriterier, sier han:

”Spørsmålet om hva som er ’samme forhold’ lar seg ikke løse ved en enkel formel, men lar seg belyse ved eksempler fra forskjellige områder. Undertiden blir avgjørelsen skjønnsmessig og intuitiv. Man kan for øvrig ikke gå ut fra at begrepet nødvendigvis har helt det samme innhold i forskjellige sammenhenger.”¹⁹⁰

Det andre av disse to sitatene kan isolert sett sies å inneholde en sterkere divergenstankegang enn det første – det inneholder ingen reservasjon for hva som skjer ”i praksis”. Det ville imidlertid være inkonsekvent å hevde at det skulle gjelde et divergensprinsipp innad i straffeprosessen, men ikke på tvers av skillet mellom materielle og prosessuelle regler. Det er derfor mest nærliggende å legge til grunn at *Andenæs’* syn er at man teoretisk sett står overfor forskjellige regelsett, men at dette ikke har gitt seg noen utslag i det praktiske rettsliv.

Et lignende synspunkt inntar *Eskeland*:

”I prinsippet er det klart at svaret på spørsmålet om det foreligger ett eller flere straffbare forhold, avhenger av hvilke konsekvenser svaret vil ha i ulike relasjoner. I praksis er det imidlertid lite tenkelig med ulike grensedragninger i ulike relasjoner. I det følgende skiller jeg derfor ikke mellom tilfellene.”¹⁹¹

¹⁸⁹ Andenæs: *Alminnelig strafferett* s. 367.

¹⁹⁰ Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 342.

¹⁹¹ Eskeland: *Strafferett* s. 225.

Ut fra sammenhengen uttalelsen fremkommer i, virker det som om synspunktet er begrenset til å gjelde forholdet mellom de strafferettslige reglene.

Bratholm reiser ikke spørsmålet eksplisitt, men ser ut til å bygge på at grensen er den samme. Under overskriften ”betydningen av at det foreligger konkurrans” behandler han de strafferettslige og straffeprosessuelle konsekvensene under ett.¹⁹²

Det samme gjør *Røstad* i et underavsnitt med tittelen ”betydningen av sondringen forbrytelses-enhet og -flerhet”.¹⁹³ I sin drøftelse av konkurransreglene trekker han også inn høyesterettsavgjørelser som utelukkende angår straffeprosessuelle spørsmål. På s. 278 nevnes Rt. 1980 s. 1532 og 1990 s. 156, som begge gjelder spørsmål til lagretten. På s. 279 trekker han inn Rt. 1940 s. 25, som gjaldt spesifikasjonskravene i forhold til tiltalebeslutningen og domsgrunnene. Han uttaler imidlertid også at:

”Det er i og for seg ikke gitt at grensen skal trekkes likt i de to disipliner, se Andenæs i ’Alminnelig strafferett’ s. 324. Også ved andre spørsmål kan grensen avtegne seg ulikt i de to disipliner, se således begrepet ’siktete’ med henvisning til strpl. § 82 og strl. § 167.”¹⁹⁴

Røstad er således tvetydig på dette punktet. Hensett til at han eksplisitt slutter seg til *Andenæs’* syn, er det vel mest nærliggende å forstå ham dit hen at man i prinsippet har med ulike identitetsnormer å gjøre, men at det i lys av den harmonisering som foretas av Høyesterett ikke er betenkelig å anvende avgjørelser som berører straffeprosessuelle problemstillinger til å tolke konkurransreglene.

Den samme bruken av dommer fra straffeprosessen til å illustrere den strafferettslige grensedragningen finnes i *Bratholm* og *Matningsdals* kommentarutgave til straffelovens

¹⁹² *Bratholm: Strafferett og samfunn* s. 612-613.

¹⁹³ *Røstad: Innkast i straffefeltet* s. 274-276.

¹⁹⁴ *Røstad: Innkast i straffefeltet* s. 274 i note 3.

alminnelige del. I forbindelse med drøftelsen av strl. § 62 nevnes bl.a. Rt. 1940 s. 25, 1993 s. 1009 og 1998 s. 1416.¹⁹⁵ Denne bruken av rettspraksis tilhørende andre regelsett problematiseres ikke.

Bjerke og *Keiseruds* kommentarutgave til straffeprosessloven bygger øyensynlig også på et sterkt konvergensprinsipp mellom strpl. § 252 og de strafferettslige reglene. Etter å ha vist til at individualiseringskravene er lempeligere der det foreligger en fortsatt forbrytelse, legger de realkonkurrenslæren til grunn for vurderingen av *når* det foreligger et sammenhengende forhold.¹⁹⁶ Det samme standpunktet inntar *Hov*, som bl.a. uttaler at "[p]rosessuelt har skillet mellom likeartet realkonkurrens og fortsatt straffbart forhold den konsekvens at hvis tiltalen etter påtalemyndighetens oppfatning gjelder et fortsatt straffbart forhold, kan tiltalebeslutningen nøye seg med en mer generell beskrivelse av den straffbare virksomheten".¹⁹⁷

I sin drøftelse av reglene om bevis- og voteringstemaet ser *Bjerke* og *Keiserud* ut til å bygge på et sterkt konvergensprinsipp mellom disse og strpl. § 38.¹⁹⁸

Eckhoff påpeker i sin drøftelse av bevis- og voteringstemaet at "[t]il tross for at rettspraksis er rikholdig, gir den ikke grunnlag for sikre slutninger".¹⁹⁹ Han oppsummerer sin drøftelse slik:

"All den stund 'fortsatt forbrytelse' ofte blir brukt som stikkord både når de strafferettslige og de prosessuelle spørsmål blir drøftet, har det nok vært en tendens til

¹⁹⁵ Bratholm/Matningsdal: *Straffelovens alminnelige del med kommentarer* s. 553.

¹⁹⁶ Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 916.

¹⁹⁷ *Hov: Rettergang II* s. 88.

¹⁹⁸ Bjerke/Keiserud: *Straffeprosessloven med kommentarer II* s. 1158, se ovenfor i punkt 5.4.

¹⁹⁹ Eckhoff: *Bevistema og voteringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i straffesaker* s. 403.

å trekke slutninger fra det ene til det andre av disse rettsområder – til tross for at de reelle hensyn er forskjellige.”²⁰⁰

Eckhoffs standpunkt er at reelle hensyn tilsier en strengere vurdering i forhold til bevis- og voteringstemaet i straffeprosessen enn i strafferetten, men at man ikke kan spore tendenser til en slik differensiering i rettspraksis.²⁰¹

Den mest omfattende drøftelsen av forholdet mellom ulike identitetsvurderinger foretas av Øyen.²⁰² Hans oppsummering lyder slik:

”Den praksis som foreligger, der spørsmålene har kommet opp i flere sammenhenger, trekker samlet sett klart i retning av at Høyesterett anser normen som enhetlig. Dette gjelder både innad i straffeprosessen og mellom straffeprosessen og strafferetten.

[...]

Etter min vurdering tilsier rettspraksis sammenholdt med reelle hensyn at det på generelt grunnlag kan legges til grunn at normen for når en fortsatt forbrytelse foreligger er lik på de områdene innen strafferetten og straffeprosessen der problemstillingen oppstår.”²⁰³

Den juridiske teori bygger således nokså uniformt på et konvergensprinsipp når den skal beskrive praksis. *Eckhoff* går her dypere inn i materien enn de øvrige, gjennom å peke på hvilke reelle hensyn som tilsier divergens. Det virker imidlertid som om han resignerer i møtet med rettspraksis, og legger til grunn at vurderingene i det praktiske rettsliv er konvergerende.

²⁰⁰ Eckhoff: *Bevistema og voteringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i straffesaker* s. 403.

²⁰¹ Slik er Eckhoff også forstått av Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 232.

²⁰² Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 228-233.

²⁰³ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 233.

Gjennom sin betoning av at det ”i prinsippet” kan tenkes at vurderingene vil kunne falle ulikt ut, men at dette ikke skjer ”i praksis”, virker det som om *Andenæs* og *Eskeland* legger til grunn et svakt konvergensprinsipp. *Eskeland* er alene om å problematisere skillet også innad i den materielle strafferetten. *Røstad* henviser til *Andenæs*, og ser derfor ut til å slutte seg til dennes svake konvergenssynspunkt, selv om han benytter avgjørelser fra straffeprosessen i sin drøftelse av konkurransreglene.

Øyen legger derimot til grunn et sterkt konvergensprinsipp. Hans konklusjon er at Høyesterett ikke bare harmoniserer tolkingsresultatene med hverandre, men at det er tale om *én identitetsnorm* som styrer utfallet av samtlige vurderinger. Øyensynlig bygger *Bratholm* på samme synspunkt all den tid han behandler de strafferettslige og straffeprosessuelle konsekvensene av sondringen samlet, uten å problematisere skillet. I og med at spørsmålet ikke drøftes eksplisitt, bør en imidlertid være forsiktig med å plassere *Bratholm* i den ene eller den andre leir. Ettersom *Bratholm* og *Matningsdal* ikke går inn på grensedragningen, lar de seg heller ikke lett klassifisere. At deres fremstilling er tuftet på et konvergensprinsipp er imidlertid nokså sikkert, ettersom de også benytter straffeprosessuelle avgjørelser ved tolkingen av straffeloven. *Bjerke* og *Keiserud* ser ut til å bygge på et sterkt konvergensprinsipp mellom strpl. § 252 og realkonkurrensreglene, og mellom reglene om bevis- og voteringstemaet og strpl. § 38. Førstnevnte standpunkt deles av *Hov*.

Skillet mellom sterk og svak konvergens gjenspeiles i måten de ulike forfatterne fremstiller identitetsproblematikken på. *Andenæs*, *Eskeland* og *Røstad* begrenser sin drøftelse av de relevante hensyn til å omhandle ”tiden, stedet og forsettets enhet”, uten å trekke inn de straffeprosessuelle hensyn (rettssikkerhet, praktiske hensyn osv).²⁰⁴ Hos *Øyen*, som anser identitetsspørsmålet for å være regulert av en felles norm, trekkes derimot rettssikkerhet og

²⁰⁴ *Andenæs: Alminnelig strafferett* s. 368-369 kommer inn på de praktiske hensyn i forbindelse med omtalen av de prosessuelle følgene av at noe regnes som en fortsatt forbrytelse. Hensynet knyttes imidlertid ikke opp mot den forutgående drøftelsen av realkonkurrensreglene.

praktiske hensyn inn i fremstillingen på linje med de klassiske strafferettslige momentene.²⁰⁵

6.3 Hvilket prinsipp legges til grunn i høyesterettspraksis?

6.3.1 Problemstilling

Som det fremgår av forrige punkt, bygger den juridiske teori på et konvergensprinsipp når den skal fremstille identitetsvurderingene. Samtlige forfattere knytter sine fremstillinger opp mot rettspraksis. Problemstillingen i inneværende punkt er hvorvidt påstanden om at Høyesterett har lagt til grunn et konvergensprinsipp, står seg i møtet med en gjennomgang av avgjørelsens begrunnelser (punkt 6.3.3).²⁰⁶ Dersom dette er tilfellet, blir spørsmålet om konvergensen er sterk eller svak (punkt 6.3.4). Først må det imidlertid ses nærmere på hvordan Høyesteretts oppfatning kan utledes av avgjørelsene (punkt 6.3.2).

Det kan rettes innvendinger mot å tale om "Høyesteretts oppfatning" som en enhetlig størrelse. Forstått bokstavelig er uttalelsen ikke bare en uheldig generalisering, det er også tale om en uholdbar ontologisering – domstolen har selvfølgelig ingen selvstendig bevissthet, og kan ikke influeres av grunnholdninger som kan inndeles i ulike begrepskategorier. Når jeg taler om *Høyesteretts oppfatning*, må dette ikke forstås som noe annet enn en henvisning til *summen av enkeltdommernes oppfatninger*. Det kunne derfor tenkes store variasjoner mellom dommerne og over tid. Som det vil fremgå er praksis imidlertid bemerkelsesverdig konsistent.

6.3.2 Om å slutte fra domsbegrunnelser til dommerens valg av prinsipp

I punkt 2.4.3 ble det lagt til grunn at Høyesteretts tekster kan danne grunnlaget for en fastleggelse av hvilket prinsipp domstolen har bygget på under overveielsene. Det gjenstår imidlertid å fastlegge *hvordan* man kan slutte seg fra tekstene til de bakenforliggende grunnholdningene. Det er ikke foretatt noen systematisk gjennomgang av Retstidende for

²⁰⁵ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 256-257.

²⁰⁶ Ettersom spørsmålet om straffelovens stedlige virkeområde der det foreligger en fortsatt forbrytelse ikke har vært fremme i rettspraksis, er det ikke mulig å foreta en domsempirisk etterprøving på dette punkt.

det enkelte år med sikte på å finne alle avgjørelser som kan være av interesse. Den utvalgte praksis er imidlertid tilstrekkelig til å kunne spore hovedtendenser i Høyesteretts tilnærming til materien.

Uttrykket ”slutning” brukes her på en annen måte enn vanlig. Spørsmålet i kap. 6 er utelukkende hvilken faktisk oppfatning om reglenes forhold til hverandre dommerne har hatt. Det tas ikke standpunkt til om denne oppfatning er begrunnet i en juridisk vurdering (se punkt 2.4.1). I punkt 8.3.2 ses det på om en slutning til valget av prinsipp *også* kan utgjøre et normativt argument etter prejudikatlæren.

Det kan pekes på fem ulike slutningstyper som kan bidra til å klarlegge hvilket prinsipp som har vært fremme under overveielsene:

1. Generelle uttalelser om forholdet mellom reglene.
2. Felles anvendelse av flere regelsett.
3. Felles omtale av flere regelsett.
4. Angivelsen av skjønnstemaet etter en identitetsregel.
5. Angivelsen av hvilke momenter som er relevante ved anvendelsen av en identitetsregel.

Ad 1: Den første gruppen omhandler tilfellene hvor Høyesterett *generelt uttaler seg om hvorledes reglene forholder seg til hverandre*. I forhold til de reglene denne avhandlingen omfatter, har jeg ikke funnet noen uttalelser av denne type.

Derimot finnes det noen få eksempler på dette i forhold til enkelte andre identitetsregler. I Rt. 1982 s. 513 drøftet Høyesterett hvorledes reglene om tiltalebeslutning og dom og forholdt seg til straffelovens foreldelsesbestemmelser, når det foretas en omsubsumering av handlingen under saksgangen. Etter å ha nevnt de straffeprosessuelle bestemmelsene uttalte førstvoterende at:

”Spørsmålet om forholdet bevarte sin identitet får betydning også for spørsmålet om foreldelse. Jeg er enig med herredsretten i at identitetsproblemet i utgangspunktet må være det samme for de to spørsmåls vedkommende” (s. 515).

I Rt. 1986 s. 260 bygget domstolen imidlertid på et annet utgangspunkt. I saken uttalte Høyesterett at man "ikke kan stille de samme krav til identitet som når det gjelder forholdet mellom tiltalebeslutning og dom" (s. 262). Saken gjennomgås nærmere i punkt 8.2.

Se også Rt. 1996 s. 353, hvor spørsmålet var om ransaking og beslag ut fra en mistanke om ulovlig preparantvirksomhet avbrøt foreldelsesfristen for ulovlig jakt. Om de rettslige utgangspunktene uttalte Høyesterett: "[d]et er i praksis lagt til grunn at handlingene prosessuelt sett må anses som samme forhold for at foreldelse skal kunne avbrytes for andre lovovertrедelser enn de som er angitt i vedkommende rettergangsskritt" (s. 355).

Ad 2: Den andre typen slutning en kan utlede fra en avgjørelse, er der Høyesterett *anvender mer enn ett regelsett*. Selv om domstolen ikke uttaler seg om reglenes forhold til hverandre, kan det trekkes slutninger fra *begrunnelsen* og – i ett henseende – *resultatet* i den konkrete sak.

Det vil tale mot sterk konvergens at retten legger til grunn forskjellige tolkingsresultater i relasjon til to ulike regelsett. En slik avgjørelse vil derimot ikke utelukke svak konvergens, ettersom skillet mellom dette og divergens ikke avgjør det konkrete utfallet av rettsanvendelsen (se punkt 2.4.4.1). Skillet mellom sterk/svak konvergens og divergens kan i noen tilfeller også trekkes på bakgrunn av den begrunnelse som domstolen anfører for resultatet. Denne kan f.eks. være utformet på en slik måte at den trekker i retning av sterk konvergens, eksempelvis dersom det antydes en kausalsammenheng mellom resultatet etter ett regelsett og resultatet etter et annet.

Ad 3: Den tredje gruppen er tilfellene der Høyesterett *omtaler flere regelsett under ett*. Det snakkes f.eks. om "fortsatt forbrytelse i strafferettslig forstand", eller "prosessuelt sett ett forhold". Kategorien skiller seg fra (1) ved at uttalelsen ikke tar sikte på å utrede forholdet mellom reglene, og den skiller seg videre fra (2) ved at det ikke er tale om et tolkingsresultat, kun en sammenslåing av flere regler ved en generell omtale av rettstilstanden.

Ad 4: Kategorien omfatter tilfellene hvor skjønnsstemaet etter en regel angis på en måte som avviker fra den tradisjonelle formuleringen, men som harmonerer med det som vanligvis oppstilles i forhold til en annen bestemmelse.

Ad 5: Kategorien omfatter tilfellene hvor det trekkes veksler på momenter som typisk assosieres med en annen regel. Det er som regel en nær sammenheng mellom denne gruppen og (4) rett ovenfor. Men som det vil fremgå finnes det eksempler på saker hvor Høyesterett angir skjønnsstemaet på vanlig måte, men likevel trekker inn hensyn som tradisjonelt benyttes i forhold til andre regelsett.²⁰⁷

Det kan tenkes andre måter å belyse Høyesteretts valg av prinsipp på enn de som hittil er nevnt. En innfallsvinkel kunne være å studere hvordan nærmere bestemte typetilfeller blir vurdert opp mot forskjellige regelsett, eksempelvis hvorvidt en narkotikaomsetning av en viss varighet vurderes annerledes etter strl. § 62 enn etter strpl. § 252. Men det er ved en slik fremgangsmåte vanskelig å gjøre seg opp noen mening av om domstolen var seg bevisst forholdet til de øvrige reglene da den traff sin avgjørelse. Videre ville metoden by på en rekke fremstillingstekniske vanskeligheter.

I neste punkt pekes det på avgjørelser som gir grunnlag for slutninger av typen (2) – (5) ovenfor.

6.3.3 Konvergens eller divergens?

6.3.3.1 Innledning

Det første som må avklares, er hvorvidt Høyesterett bygger på et konvergens- eller divergensprinsipp. Samtlige av de avgjørelsene jeg har funnet som foranlediger en slutning som nevnt i forrige punkt, trekker i retning av konvergens. Hvorvidt avgjørelsene også gir

²⁰⁷ Slutningstype (4) og (5) knytter an til en sontring mellom en strafferettslig og en straffeprosessuell identitetstære. Se om denne konstruksjonen punkt 2.6.

grunnlag for å si noe om konvergensen er sterk eller svak, behandles fortløpende i forhold til den enkelte sak som bidrar til å avklare dette. I punkt 6.3.4 ses disse sakene under ett.

Dersom man sammenholder de enkelte regelkonstellasjonene med de ulike slutningstypene, får man følgende oversikt over rettspraksis:

Typen slutning Regelkonstellasjon	Felles anvendelse	Felles omtale	Angivelse av skjønnsstemaet	Angivelse av momentene
Strpl. § 252 vs. Strl. §§ 62 og 63	1992 s. 445	2005 s. 1524 2006 s. 964	1998 s. 1416 HR-2008-165	1997 s. 1771 1998 s. 1416 HR-2008-165
Strpl. § 252 vs. Foreldelse			1998 s. 1416 HR-2008-165	1998 s. 1416 HR-2008-165
Bevis- og voteringsstemaet vs. Strl. §§ 62 og 63	1979 s. 190 1986 s. 903 1992 s. 978 2006 s. 964			1980 s. 1021 1985 s. 281 1997 s. 1771
Bevis- og voteringsstemaet vs. Foreldelse	1964 s. 1368 1990 s. 156	1912 s. 215		1980 s. 1021 1985 s. 281
Bevis- og voteringsstemaet vs. Strpl. § 252	1983 s. 1357 1993 s. 1009 1997 s. 1771	1965 s. 1368 2001 s. 38		
Foreldelse vs. Strl. §§ 62 og 63	1989 s. 145	1912 s. 215		

Figur 5

I det følgende gjennomgås rettspraksis i forhold til den enkelte regelkonstellasjon.

Fremstillingen følger således den vertikale aksene i matrisen, jf. punkt 6.3.3.2 til 6.3.3.7

nedenfor. Ettersom enkelte av avgjørelsene har betydning for mer enn én konstellasjon, medfører dette nødvendigvis en del dobbeltbehandling. Dette er søkt kompensert gjennom interne henvisninger i teksten, slik at en avgjørelse kun gjennomgås i ett punkt, som det så vises tilbake til dersom den også har betydning i andre relasjoner.

6.3.3.2 Tiltalebeslutningens innhold vs. forhøyelse av strafferammen

Rt. 1992 s. 445 inneholder en felles anvendelse av disse reglene. I saken ble en rekke plagsomme telefonhenvendelser til ulike personer ansett som selvstendige straffbare forhold i relasjon til straffeprosessloven § 252, etter en avveining av de rettssikkerhetsmessige og praktiske hensyn. I forbindelse med straffutmålingen uttalte så Høyesterett at "[n]år det som her foreligger flere straffbare handlinger, kan opp til ni måneders fengsel idømmes, jf straffeloven § 62" (s. 447). Avgjørelsen inneholder ingen selvstendig drøftelse av denne bestemmelsen. Det virker således som om vurderingen etter strpl. § 252 uten videre er lagt til grunn i forhold til straffeskjerpelsesreglene.

To tilfeller av felles omtale finnes i Rt. 2005 s. 1524 og 2006 s. 964.

Spørsmålet i den første saken var hvorvidt det forelå én eller flere overtredelser av strl. § 162. Lagmannsretten hadde stilt to spørsmål til lagretten og anvendt strl. § 62 ved straffutmålingen. Førstvoterende uttalte at "[r]eglane i § 62 gjeld direkte for straffutmålinga, men det har også prosessuelle følgjer om det er eitt eller fleire brotsverk, mellom anna for om det skal stillast eitt eller fleire spørsmål i ei lagrettesak" (avsnitt 11).

Saken gjaldt direkte bare anvendelsen av straffeskjerpelsesreglen, men førstvoterendes uttalelse inneholder også en *felles omtale* av de prosessuelle reglene og strl. § 62, som trekker i retning av sterk konvergens (omtalen er ikke begrenset til å gjelde bevis- og voteringstemaet, jf. bruken av ordene "mellom anna"). Måten sammenhengen betones på kan tale for sterk konvergens. Isolert sett ville uttalelsen om de "prosessuelle følgjer" av at det foreligger en fortsatt forbrytelse ikke ha noen betydning i denne relasjon. En ting er at man også på dette rettsområdet finner regler som knytter rettsfølger til dette

vurderingstemaet – det er ikke dermed sagt at grensedragningen er den samme. Men bemerkningen om at strl. § 62 ”direkte” bare gjelder for straffutmålingen, ser ut til å antyde en nær sammenheng mellom denne bestemmelsen og de prosessuelle reglene. Samlet sett trekker den siterte setning derfor i retning av en indre sammenheng mellom utfallet av identitetsvurderingen i ulike relasjoner – og dermed også sterk konvergens.

Også Rt. 2006 s. 964 gjaldt grensedragningen forbrytelsesenhets/-flerhet ved narkotikaforbrytelser. Lagmannsretten anså domfeltes oppbevaring og senere overdragelse av samme narkotikaparti for å være to selvstendige lovbrudd, og anvendte strl. § 62. Førstvoterende uttalte at det vil

”kunne være vanskelig å fastslå om man står overfor ett eller flere brudd på bestemmelsen. Dette har igjen betydning i flere retninger. I tillegg til den problemstilling som reises i denne saken - om straffeloven § 62 skal gis anvendelse - kan løsningen få prosessuell betydning i ulike sammenhenger. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på temaet, men viser til justitiarius Ryssdals votum i Rt. 1979 s. 190” (avnitt 13).

Ryssdals votum i den nevnte avgjørelsen gjennomgås i punkt 6.3.3.4. Her fellesbehandles strl. § 62 og så å si alle reglene i straffeprosessen som knytter rettsvirkninger til om det foreligger en fortsatt forbrytelse. Førstvoterende i 2006-sakens tilslutning til dette standpunktet kan betraktes som en *felles omtale*, som omhandler samtlige prosessuelle regler denne avhandlingen befatter seg med.

Høyesteretts angivelse av skjønnstemaet og de relevante momentene i Rt. 1997 s. 1771, 1998 s. 1416 og kjennelsen av 29. januar 2008 (HR-2008-165A) taler for konvergens.

I Rt. 1997 s. 1771 var spørsmålet hvorvidt 490 tilfeller av bruk av falske bankkort utgjorde en fortsatt forbrytelse, på tross av at det var tale om forskjellige fornærmede. Domfelte

mente at dette ikke var tilfellet, og at tiltalebeslutningen og underrettens behandling av skyldspørsmålet derfor var mangelfull.

Høyesteretts utgangspunkt var at det i følge rettspraksis foreligger like mange forbrytelser som fornærmede. Dette ble begrunnet bl.a. under henvisning til Rt. 1953 s. 1025 og 1963 s. 753. Begge disse avgjørelsene gjaldt imidlertid straffutmålingen – Høyesterett benyttet således rettspraksis vedrørende den materielle strafferetten til å underbygge løsningen etter de prosessuelle reglene.

I Rt. 1998 s. 1416 gjorde domfelte gjeldende at tiltalebeslutningen ikke tilfredsstilte lovens krav. Førstvoterende tok utgangspunkt i at det måtte være ”en forutsetning for at de handlinger som omfattes av denne del av tiltalen, skal anses tilstrekkelig konkretisert, at de kan betraktes som en fortsatt – sammenhengende – forbrytelse” (s. 1418). Skjønnsstemaet ble deretter formulert slik:

”Spørsmålet om flere handlinger kan betraktes som en fortsatt forbrytelse, avhenger av en helhetsvurdering, der de viktigste momenter er om det foreligger sammenheng i tid, tilknytning til samme sted og om det foreligger felles forsett, se f.eks. Rt. 1994 s. 203. I rettspraksis har det også vært lagt vekt på om de handlinger det er tale om, rammer samme eller forskjellige fornærmede [...]” (s. 1418-1419).

Høyesteretts formulering av vurderingstemaet er identisk med det som er vanlig etter de strafferettslige reglene. F.eks. finnes en tilnærmet identisk uttalelse i Rt. 2002 s. 917, som gjaldt foreldelsesregelen i strl. § 68 (s. 922). Avgjørelsen Høyesterett viser til for å fastlegge skjønnsstemaet – Rt. 1994 s. 203 – gjaldt utelukkende foreldelse. *Formuleringen av skjønnsstemaet* taler her for sterk konvergens mellom strpl. § 252 og de strafferettslige reglene om foreldelse og heving av strafferammen, noe som styrkes av *angivelsen av momentene* som anses relevante ved den prosessuelle vurderingen.

Høyesteretts kjennelse av 29. januar 2008 (HR-2008-165-A) bygger også på en anvendelse av realkonkurrenslærens momenter, se avgjørelsens avsnitt 12.

6.3.3.3 Tiltalebeslutningens innhold vs. foreldelse

Angivelsen av skjønnstemaet og de relevante momentene i Rt. 1998 s. 1416 og Høyesteretts kjennelse av 29. januar 2008 (HR-2008-165-A) taler for konvergens mellom disse reglene (se punkt 6.3.3.2).

6.3.3.4 Bevis- og voteringstemaet vs. forhøyelse av strafferammen

En rekke avgjørelser inneholder en felles anvendelse av disse reglene, som taler for konvergens.

I Rt. 1979 s. 190 hadde Lagmannsretten stilt lagretten to hovedspørsmål. Ett gjaldt en pågående innføring og omsetning av narkotika, det andre et enkeltstående forsøk på å innføre narkotika fra Nederland. Forsvareren hevdet at de to forhold skulle ha vært slått sammen til ett spørsmål, og at strl. § 62 ikke skulle ha vært anvendt.

Høyesterett delte seg i en rekke forskjellige fraksjoner. Førstvoterende la til grunn at lagmannsrettens spørsmålsskrift var korrekt. Deretter uttalte han at de tiltalte derfor ”med rette er dømt etter straffelovens § 162 jf. § 62” (s. 192). Votumet bygger således på en *felles anvendelse* av reglene om bevis og voteringstemaet og straffeskjerpelsesregelen.

Annenvoterende var i tvil om det forelå flere overtredelser av strl. § 162, eller om forsøket var en del av en fortsatt forbrytelse som omfattet den øvrige narkotikaomsetningen. Da grensedragningen ikke hadde betydning for den konkrete straffeutmålingen, tok han ikke stilling til subsumsjonen (dommerne som ville anvende strl. § 62 ønsket ikke å gå ut over maksimalstraffen for en enkeltstående overtredelse av § 162).

Tredje-, fjerde- og femtevoterende var enige med førstvoterende i at forsøket utgjorde et selvstendig lovbrudd. De mente imidlertid at spørsmålet om den pågående innførselen og omsetningen av narkotika konstituerte flere forbrytelser. Femtevoterende *Ryssdals* særvotum inneholder flere generelle bemerkninger. Han uttalte at sonringen mellom én og flere forbrytelser har betydning i forhold til strl. § 62, og at skillet prosessuelt har betydning på flere måter, bl.a. i forhold til utformingen av tiltalebeslutningen, forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, rettskraft, grensen mellom skyld- og straffespørsmål og ved utformingen av spørsmålene til lagretten (s. 194). Noen differensiering mellom disse reglene foretas ikke.

Et interessant aspekt ved dommen er at ingen av dommerne drøfter hvorvidt avgrensningen av det straffbare forholdet skal trekkes likt i forhold til strl. § 62 og reglene om spørsmålsskriftet til lagmannsretten, selv om det var uenighet mht. utfallet av identitetsvurderingen. På tross av at det her var tale om et grensetilfelle, tar således ingen av de voterende opp hvorvidt det kan tenkes ulike grensedragninger i ulike tilfeller.²⁰⁸ Avgjørelsen er således et eksempel på *felles anvendelse* av de nevnte regler som taler for konvergens. Femtevoterendes votum inneholder i tillegg en *felles omtale* av de prosessuelle reglene og strl. § 62, som taler for sterk konvergens. Det er imidlertid tale om en enkeltstående særuttalelse, som av denne grunn ikke bør tillegges særlig stor vekt. En annen sak er at en enstemmig Høyesterett gir sin tilslutning til dette votum i Rt. 2006 s. 964 (se punkt 6.3.3.2).

I Rt. 1986 s. 903 hadde lagretten svart bekreftende på at en mann ”ved flere anledninger” hadde hatt seksuell kontakt med en 12 år gammel pike i løpet av sommeren 1983. Lagmannsretten dømte mannen for overtredelse av strl. § 195 jf. § 62. Høyesterett mente at anvendelsen av straffeskjerpelsesregelen var uriktig:

²⁰⁸ Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 231.

”I samsvar med tiltalebeslutningen ble lagretten stilt ett spørsmål som gjaldt samleier med fornærmede ’ved flere anledninger’ i løpet av sommeren 1983. Det kunne da ikke ved straffutmålingen bygges på at det forelå flere selvstendige straffbare forhold og ikke en sammenhengende forbrytelse” (s. 904).

Kjennelsen bygger på det syn at det som i forhold til bevis- og voteringstemaet utgjør ett straffbart forhold, også må betraktes som en sammenhengende forbrytelse i relasjon til straffeskjerpelsesregelen i strl. § 62. Det foreligger en *felles anvendelse* av reglene. Uttalelsen om at man ikke ”kunne” legge noe annet til grunn etter det ene regelsettet når det forelå en fortsatt forbrytelse etter det andre, trekker videre i retning av at konvergensen er sterk.

Rt. 1992 s. 978 gjaldt en lang rekke regnskapsovertredelser, jf. strl. § 286. Etter Høyesteretts syn hadde herredsretten i sin dom ikke tatt konsekvensen av at straffebudet inneholdt en sammensatt gjerningsbeskrivelse:

”Så lenge disse regnskapsovertredelsene - som her - er begått i samme virksomhet og i noenlunde samme tidsrom, vil det imidlertid bare være tale om én overtredelse av § 286. Det er derfor ikke korrekt at herredsretten i domsslutningen har vist til straffeloven § 62, som får anvendelse når det foreligger flere straffbare forhold. Videre var det [...] ikke grunn til noen særskilt frifinnelse for de regnskapsovertredelser retten ikke fant domfelte straffskyldig for. Spørsmålet om enkelte av regnskapsovertredelsene i tiltalen måtte settes ut av betraktning, var da bare et spørsmål om omfanget av det straffbare forhold” (s. 979-980).

Avgjørelsen inneholder en *felles anvendelse* av strl. § 62 og reglene om bevis- og voteringstemaet, som taler for konvergens.

Også Rt. 2006 s. 964 (nevnt i punkt 6.3.3.2) inneholder en felles anvendelse som taler for konvergens. Etter å ha foretatt en vurdering av hvorledes den konkrete saken lå an, konkluderer førstvoterende på følgende måte:

”[...] det [er] ingen feil at lagmannsretten har funnet grunnlag for å se overdragelsen som et selvstendig straffbart forhold. Når lagretten har svart bekreftende på begge hovedspørsmål, må også straffeloven § 62 komme til anvendelse i saken, slik at det vil være adgang til å utmåle en straff som overskrider maksimumsstraffen på 15 år” (avsnitt 19).

Førstvoterende tar direkte bare stilling til hvorvidt anvendelsen av straffeskjerpelsesregelen var korrekt. Denne passus må imidlertid også betraktes som en stilltiende aksept av måten spørsmålene til lagretten var utformet på.

Angivelsen av momentene i Rt. 1980 s. 1021, 1985 s. 281 og 1997 s. 1771 taler for konvergens. Sistnevnte sak er gjennomgått i punkt 6.3.3.2. I de to andre avgjørelsene ble realkonkurrenslærens momenter benyttet ved den prosessuelle vurderingen.

6.3.3.5 Bevis- og voteringstemaet vs. foreldelse

Høyesterett har i to avgjørelser foretatt en felles anvendelse av disse reglene som taler for konvergens.

Rt. 1964 s. 1368 gjaldt utformingen av spørsmålene til lagretten der det aktuelle straffebudet har en sammensatt gjerningsbeskrivelse. Høyesterett uttalte:

”Lagmannsretten har etter min mening med rette antatt at det forhold som er beskrevet i tiltalebeslutningen og i spørsmålet til lagretten, må sees som ett enkelt sammenhengende forhold. [...] Av det jeg her har sagt, følger for det første at ingen del av det straffbare forhold kan ansees foreldet, og dernest at det bare skulle stilles ett spørsmål til lagretten, hvorunder de forskjellige enkelthandlinger, modaliteter eller

varianter i det begrep som utgjør ett samlet gjerningsinnhold, kan knyttes sammen med 'og/eller'. Dette stemmer så vidt jeg forstår med sikker rettspraksis" (s. 1371).

Domstolen springer her direkte fra spørsmålet om strafferettslig foreldelse til løsningen av sakens prosessuelle side, og det foreligger således en *felles anvendelse*.²⁰⁹ Måten overgangen foretas på ("følger for det første [...] og dernest at [...]") tyder på at Høyesterett her anser konklusjonen i ett henseende som ubetinget avgjørende også etter den andre regelen. Uttalelsen trekker i retning av sterk konvergens.

I Rt. 1990 s. 156 påanket domfelte lagmannsrettens dom under henvisning til at det bare var stilt ett spørsmål til lagretten om overtredelse av viltloven § 56 (tyvjakt). Forsvareren anførte at "[d]ette har betydning i forhold til foreldelsesreglene, idet en del av overtredelsene vil være foreldet dersom de ikke ses som ledd i et fortsatt forhold" (s. 157). Høyesterett fant at lagmannsretten "med rette [har] ansett overtredelsene av viltloven § 56 som et fortsatt straffbart forhold og derfor nøydt seg med å stille ett spørsmål til lagretten" (l. c.). Høyesterett foretar ingen selvstendig drøftelse av foreldesspørsmålet. Det foreligger således en *felles anvendelse* av disse reglene, som taler for konvergens.

Et tilfelle av *felles omtale* finnes i Rt. 1912 s. 215. Saken gjaldt hvorvidt det kan stilles ett spørsmål til lagretten om tiltalte har dyttet fornærmede og tildelt ham et slag, eller har "forholdt sig mod ham paa en af disse maader". Seks dommere mente at spørsmålet var i tråd med loven (én dommer var enig i resultatet, men hadde særuttalelser). Fire medlemmer av flertallet sluttet seg også til syvendevoterendes særbemerkninger:

"det ikke stiller sig tvilsomt, at der her jo kun er spørgsmaal om ett strafbart forhold i strafferetslig forstand, - en legemsfornærmelse forøvet mod fornærmede derved, at tiltalte ved leiligheden enten har baade puffet ham overende og slaat til ham, eller alene har forholdt sig mod ham paa en af disse maader. [...] Foreligger der kun ett

²⁰⁹ Eckhoff er kritisk til avgjørelsen hva angår det prosessuelle spørsmålet, se Eckhoff: *Bevistema og voteringstema i straffesaker* s. 395.

strafbart forhold, er der jo ikke tvist om, at der angaaende samme kun kan stilles ett hovedspøragsmaal til lagretten angaaende tiltaltes skyld, saafremt der da ikke er tale om, at forholdet kan henføres under flere forskjellige straffebestemmelser, hvad der her ikke er spøragsmaal om” (s. 222, utheving i dommen).

Det var i saken ikke tale om en *felles anvendelse* av reglene, da retten ikke behøvde å ta stilling til det strafferettslige spørsmålet for å løse saken. Flertallet ser dog ut til å slutte seg direkte fra en oppfatning av den strafferettslige klassifikasjon til løsningen av det prosessuelle spørsmålet, se bemerkningen om at det ”kun kan” stilles ett hovedspørsmål når det materiellrettslig sett foreligger én forbrytelse. Dette tilsier sterk konvergens.

Angivelsen av momentene i Rt. 1980 s. 1021 og 1985 s. 281 taler for konvergens mellom de strafferettslige realkonkurrensreglene og reglene om bevis- og voteringstemaet, se punkt 6.3.3.4.

6.3.3.6 Bevis- og voteringstemaet vs. tiltalebeslutningens innhold

Høyesterett har i tre saker foretatt en *felles anvendelse* av disse reglene.

I Rt. 1983 s. 1357 var spørsmålet hvorvidt en tiltale etter underslagsbestemmelsen var for lite spesifisert. Tiltaltes forsvarer hevdet at denne mangelen også hadde smittet over på bevisførselen, da herredsretten hadde nektet bevisføring om de enkelte disposisjonene, og i stedet vurderte handlingsrekken under ett. Høyesterett kom på bakgrunn av praktiske betraktninger til at tiltalebeslutningen var tilstrekkelig spesifisert. Dette hadde ”også ledet til at retten har trukket opp en riktig ramme for bevisførselen under hovedforhandlingen” (s. 1360).

I motsetning til enkelte andre avgjørelser, virker det ikke som om Høyesterett anser svaret i en relasjon for å være ubetinget avgjørende. Herredsretten hadde ”også” utformet bevistemaet på en korrekt måte. Isolert sett tilsier premissene at spørsmålet har vært gjenstand for selvstendig vurdering, og at resultatet således ikke kunne utledes direkte fra

den forutgående drøftelsen av tiltalebeslutningens beskaffenhet. I så fall trekker dommen i hvert fall i retning av svak konvergens, og utelukker heller ikke divergens. Det er imidlertid tale om en enkeltstående uttalelse i en konkret begrunnet avgjørelse. Dommen bør derfor etter mitt skjønn ikke tillegges for stor vekt.

Rt. 1993 s. 1009 gjaldt en omfattende helerivirksomhet. Forsvareren hevdet at både tiltalebeslutningen og spørsmålsskriftet til lagretten var mangelfullt spesifisert. Høyesterett forkastet saksbehandlingsanken, under henvisning til de tungtveiende praktiske hensyn som saken aktualiserte. Det ble ikke sondret mellom regelsettene. Avgjørelsen inneholder således en *felles anvendelse* av reglene som taler for konvergens. Se også Rt. 1997 s. 1771, gjennomgått i punkt 6.3.3.2, hvor Høyesterett ikke delte opp sin behandling av de prosessuelle reglene saken aktualiserte.

Kjennelsen i Rt. 2001 s. 38 angikk direkte bare konkretisering av tiltalebeslutningen, men inneholder en *felles omtale* av de straffeprosessuelle reglene som trekker i retning av konvergens. Førstvoterende kom med en generell uttalelse om forholdet til reglene om bevistemaet: "[v]urderingen av hva rettssikkerhetshensyn tilsier ved utformingen av faktumbeskrivelsen i tiltalebeslutningen, må etter min mening sees i sammenheng med de rettssikkerhetskravene som gjelder når domstolen tar stilling til realiteten i saken, jf. uttalelsen i Rt. 1997 s. 1771, på side 1773" (s. 41). Det var dissens 3-2 om det konkrete utfallet av saken, men ingen uenighet om hvorledes reglene skulle tolkes. Et annet tilfelle av felles omtale finnes i Rt. 1964 s. 1368, hvor Høyesterett mente lagmannsretten "[...] med rette har antatt at det forhold som er beskrevet i tiltalebeslutningen og i spørsmålet til lagretten, må sees som ett enkelt sammenhengende forhold" (s. 1371). Kjennelsen gjaldt direkte bare spørsmålene til lagretten og foreldelse (se punkt 6.3.3.5), men Høyesteretts uttalelse inneholder også en stilltiende aksept av tiltalebeslutningens utforming.

6.3.3.7 Foreldelse vs. forhøyelse av strafferammen

Høyesterett har i Rt. 1989 s. 145 foretatt en felles anvendelse av disse reglene. I saken kom Høyesterett til at underinstansen ikke skulle ha vist til strl. §§ 62 og 63 når den hadde lagt

til grunn at det dreide seg om en fortsatt forbrytelse. Saken reiste også spørsmål om foreldelse. Høyesterett uttaler i den forbindelse at "[d]et dreier seg om et sammenhengende straffbart forhold og foreldelsesfristen er tre år i medhold av skattebetalingsloven § 53 nr 2" (s. 146). Det foreligger i saken en *felles anvendelse* av reglene om straffeskjerpelse og den særskilte foreldelsesregelen, som taler for konvergens.

Rt. 1912 s. 215 inneholder en *felles omtale* av reglene, som taler for konvergens. Det tales i saken om *ett straffbart forhold i strafferettslig forstand* (se punkt 6.3.3.5). Noen differensiering *mellom* de ulike strafferettslige reglene gjøres ikke.

6.3.4 Sterk eller svak konvergens?

Samtlige avgjørelser som er gjennomgått i forrige punkt taler for konvergens. Det neste spørsmålet blir om konvergens er sterk eller svak. Ikke alle de overnevnte avgjørelsene gir som nevnt grunnlag for noen slutninger på dette punkt.

Et forhold som taler for sterk konvergens, er at momenter tilhørende ett regelsett benyttes i forhold til et annet, selv om det er liten grunn til å trekke dem inn på en slik måte.

Avgjørelser som inneholder en slik rettskildebruk, indikerer at domstolen har foretatt noe mer enn bare å harmonisere flere regler med hverandre. Eksempelvis er det liten grunn til å vektlegge tiden, stedet og forsettets nærhet når de straffeprosessuelle reglene skal anvendes – spørsmålet her er først og fremst hvorledes en effektiv gjennomføring av prosessen skal veies mot tiltaltes krav på rettssikkerhet.²¹⁰ – En slik bruk av momenter finnes i Rt. 1980 s. 1021 (bevis- og voteringstemaet – strl. § 62), 1985 s. 281 (bevis- og voteringstemaet – de strafferettslige reglene), 1997 s. 1771 (de prosessuelle reglene – strl. § 62), 1998 s. 1416 (strpl. § 252 – de strafferettslige reglene) og Høyesteretts kjennelse av 29. januar 2008 (HR-2008-165-A) (strpl. § 252 – de strafferettslige reglene). Formuleringen av vurderingstemaet i de to sistnevnte avgjørelsene trekker også i retning av sterk konvergens.

²¹⁰ Slik Eckhoff: *Bevistema og voteringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i straffesaker* s. 402.

Også måten domspremissene er formulert på kan tilsi at det er tale om sterk konvergens. Se Rt. 1912 s. 215 (forholdet innad i strafferetten og mellom strafferetten og reglene om bevis og voteringstemaet), 1964 s. 1368 (bevis- og voteringstemaet – foreldelse), 1986 s. 903 (bevis- og voteringstemaet – strl. § 62), 2005 s. 1524 (de prosessuelle reglene – strl. § 62) og 2006 s. 964 (de prosessuelle reglene – strl. § 62).

Sett i lys av de nevnte uttalelsene, kan mye tale for at Høyesterett generelt bygger på et sterkt konvergensprinsipp. De avgjørelsene som ikke gir grunnlag for slike slutninger, gir heller intet avgjørende bidrag *mot* å anse sterk konvergens for å foreligge (se dog drøftelsen av Rt. 1983 s. 1357 i punkt 6.3.3.6). Ses dette i sammenheng med at flere av domspremissene kan anses å tale for sterk konvergens, trekker den foreliggende praksis etter mitt skjønn klart i retning av at Høyesterett anser normen for å være enhetlig. *Konklusjonen* blir derfor at Høyesterett bygger på et sterkt konvergensprinsipp.²¹¹

²¹¹ Som nevnt ovenfor i 6.3.1 må dette ikke tas til inntekt for mer enn at en lang rekke domstolssammensetninger over en årrekke har anført begrunnelser for sitt syn som taler for sterk konvergens, mens ingen domstolssammensetning har begrunnet en avgjørelse på en måte som utelukker dette.

7 Sterk og svak konvergens – noen prinsipielle forskjeller

7.1 Problemstilling

Siktemålet med inneværende kapittel er å vise hvilke konsekvenser valget mellom et sterkt og et svakt konvergensprinsipp har. Problemstillingen har vært streift tidligere i fremstillingen, se f.eks. punkt 2.4.4.2. I inneværende kapittel skal det imidlertid ses nærmere på spørsmålet, eksemplifisert ved reglene som er gjennomgått i kap. 3 – 5.

Drøftelsene vil ha betydning for hvilket prinsipp det anses hensiktsmessig å legge til grunn (nedenfor i kap. 8). De er også egnet til å illustrere hva forskjellen mellom de to konvergensprinsippene består i. Et hovedskille går mellom prinsippenes betydning for identitetsvurderingen (punkt 7.2), og hvilke følger det har at identitet er konstatert i en eller annen relasjon (punkt 7.3).

7.2 Betydningen for argumenttilfanget

Å legge til grunn et sterkt konvergensprinsipp, medfører en direkte utvidelse av det argumenttilfanget som er relevant når innholdet i en av bestemmelsene skal fastlegges.

Foreligger det sterk konvergens, virker det uhensiktsmessig å snakke om ulike identitetsregler, all den tid vurderingen reguleres av én felles norm. Det man står overfor er flere forskjellige lovtekster som alle viser til samme norm eller et felles normsett (lovtekstene kan inneholde samme eller forskjellige språklige uttrykk). Hver av disse lovtekstene kan sies å være omkranset av hver sin *rettskildekonsstellasjon*. F.eks. knytter det seg til strl. § 62 et sett med høyesterettsavgjørelser, forarbeidsuttalelser og juridisk teori (i den grad man anerkjenner sistnevnte som en rettskildefaktor). Disse rettskildekonsstellasjonene gir igjen opphav til ulike typer slutninger. Enkelte av disse slutningene er typisk forekommende, f.eks. er rettssikkerhet og praktiske hensyn stadig

fremme i saker der det er spørsmål om spesifikasjon av tiltalebeslutningen. En kan her tale om *slutningstyper*. Det er disse som er gjennomgått ovenfor i hhv. punkt 3.4.3.2-3.4.3.7, 4.4 og 5.4.

Et eksempel på en (meget generell) slutningstype er lovens formål. Dette er ikke en rettskildefaktor som sådan, men snarere navn på en bestemt type slutning som i et konkret tilfelle kan skrive seg fra en eller flere forskjellige faktorer, f.eks. lovteksten, forarbeidene eller reelle hensyn.²¹² Boe opererer med formålet som en egen post på listen over relevante rettskildefaktorer.²¹³ Han presiserer imidlertid at formålet alltid utledes av andre kilder, og at det

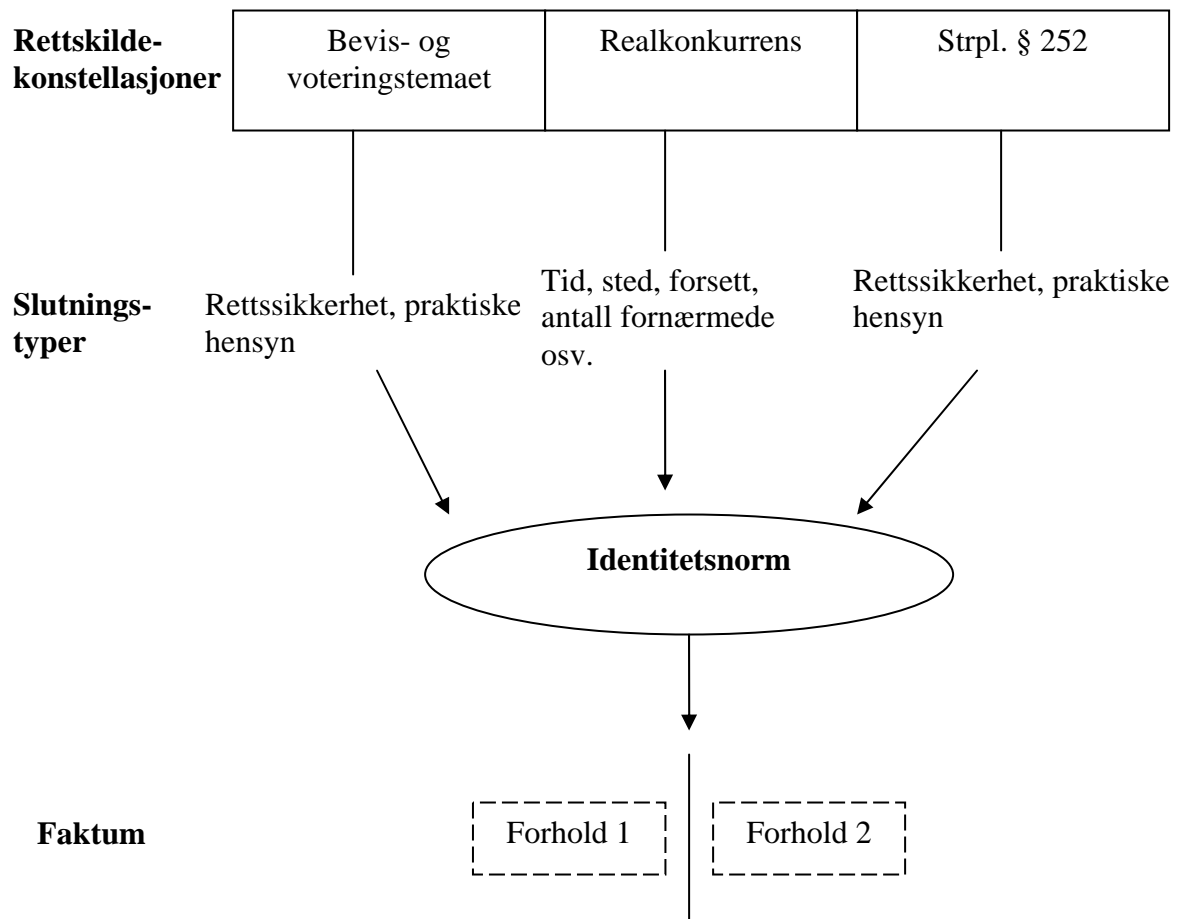
”[f]or så vidt [ikke] passer [...] å sette lovformål som egen faktor på lista. Når jeg likevel tar den med, er det fordi lovformål er for betydningsfullt til å skjules bak de andre faktorene.”²¹⁴

Det særegne ved sterk konvergens er at slutningene fra samtlige rettskildekonstellasjoner bidrar til å fastsette én norm. Dersom man for enkelhets skyld opererer med én rettskildekonstellasjon for realkonkurrensreglene, får man følgende figur:

²¹² Se nærmere Eckhoff: *Rettskildeelære* s. 24-25.

²¹³ Boe: *Innføring i juss I* s. 158.

²¹⁴ Boe: *Innføring i juss I* s. 159.



Figur 6

Hadde Høyesterett bygget på et svakt konvergensprinsipp, ville de enkelte rettskildefaktorene knyttet seg til hver sin norm. Her kan en godt tale om regelsett fremfor faktorkonstellasjoner.

Det som skiller svak konvergens fra divergens, er ønsket om å harmonisere tolkingsresultatene. Harmoniseringstanken vil kunne virke inn på fastleggelsen av identitetsnormene. En foreløpig fastleggelse av de to identitetsnormene isolert sett kan f.eks. tilsi at grensen for hva som er "samme forhold" må trekkes forskjellig i forhold til de to reglene, eksempelvis dersom man som *Eckhoff* mener at rettssikkerhetshensyn taler for et snevrere identitetsbegrep ved anvendelsen av reglene om bevis- og voteringstemaet enn etter foreldelsesreglene (se ovenfor i punkt 6.2).

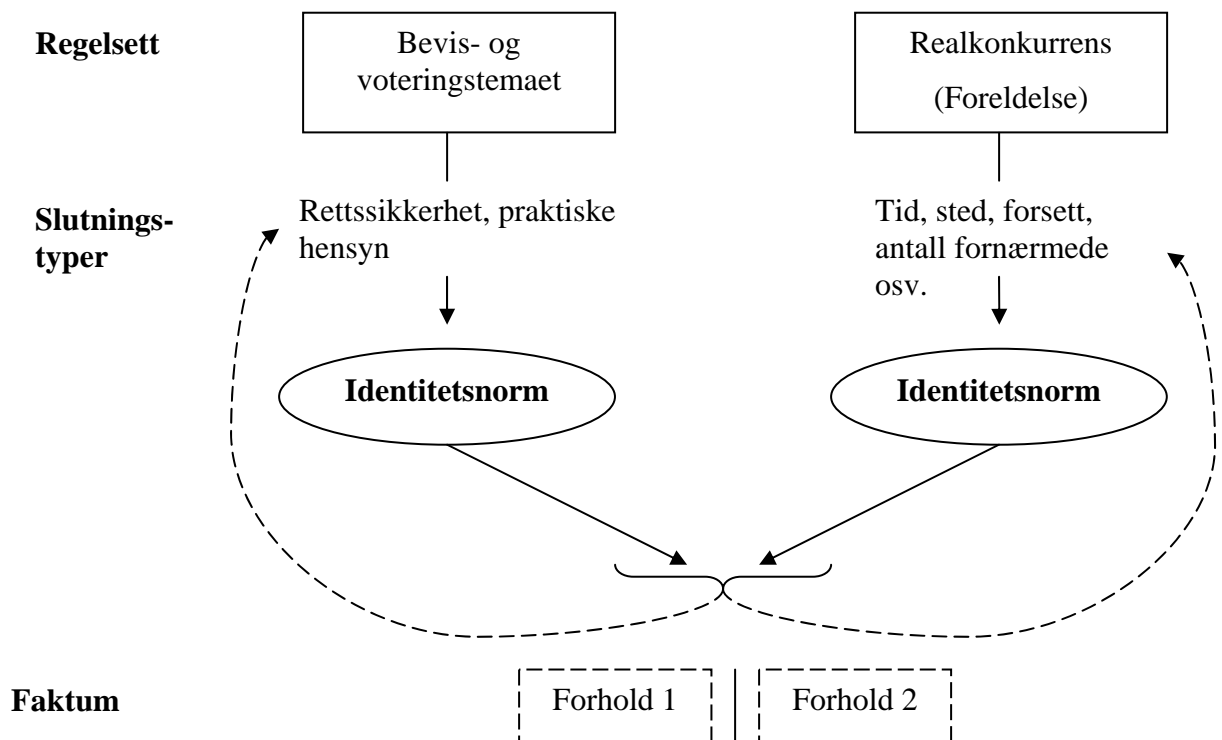
For den som bygger på et svakt konvergensprinsipp er en slik forskjell i utgangspunktet uønsket. Dette foreløpige resultatet kan derfor virke tilbake på fastleggelsen av normene, som et argument for at grensene for identitet ikke bør trekkes snevrere etter det ene regelsettet eller videre etter det andre. Harmoniseringshensynet kan tenkes å veie tyngre enn de slutningene som taler for en differensiering (rettssikkerhetshensyn i vårt eksempel). Når harmoniseringen fungerer på denne måten, kan den ses som en form for *feedback* – det skjer en tilbakekobling fra det foreløpige standpunktet, til en ny runde med overveielser med henblikk på om et annet resultat lar seg begrunne.²¹⁵

I teorien skilles det mellom *positiv* (tendensforsterkende) og *negativ* (selvregulerende) *feedback*.²¹⁶ Positiv *feedback* medfører en ytterligere økning av en tendens, mens negativ *feedback* har motsatt virkning. Der et foreløpig standpunkt er uønsket og dette virker tilbake på overveielsene, er det således tale om negativ *feedback*. Tilbakekoblingen reduserer tendenser til divergens.

Eksemplet er forsøkt illustrert i følgende figur (de stiplede linjene representerer tilbakekoblingen fra de midlertidige standpunktene):

²¹⁵ Se om denne typen *feedback* Eckhoff/Sundby: *Rettssystemer* 2. utg. s. 161-166.

²¹⁶ Eckhoff/Sundby: *Rettssystemer* 2. utg. s. 26-33.

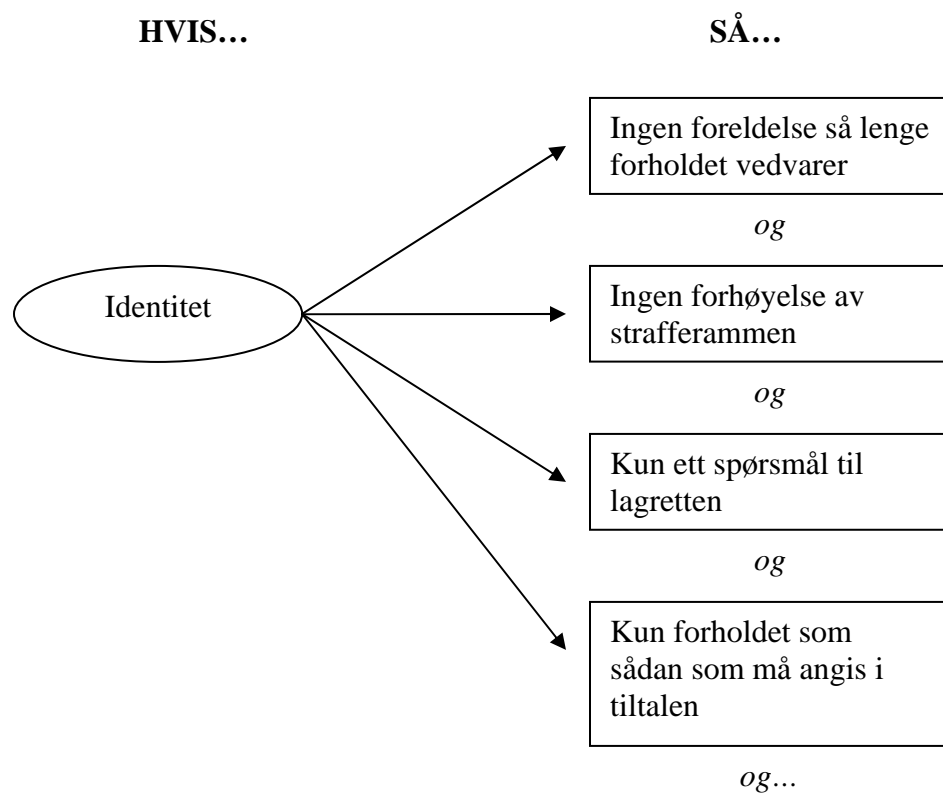


Figur 7

Også denne typen konvergens medfører en utvidelse av argumenttilfanget i forhold til situasjoner der man bare har ett regelsett å forholde seg til. Harmoniseringsargumentet bringer indirekte slutningstyper vedrørende ett regelsett inn ved tolkingen av et annet – dersom f.eks. tiden, stedet og forsettets enhet tilsier at det foreligger "ett forhold" etter foreldelsesregelen, vil dette tolkingsresultatet gjennom koherensargumentasjonen påvirke utfallet av vurderingen etter reglene om bevis- og voteringstemaet. Denne "spill over-effekten" er imidlertid mer indirekte enn ved sterk konvergens, der slutningstypene direkte har betydning for fastleggelsen av rettsstilstanden i begge henseender. I korthet består således forskjellen i at det ved svak konvergens er tale om en *tilpasning av regler*, er det ved sterk konvergens snakk om en *avveining av momenter*.

7.3 Betydningen av at identitet er konstatert

Dersom man legger til grunn et sterkt konvergensprinsipp, vil det resultatet man har kommet til i en relasjon, uten videre måtte legges til grunn også i samtlige andre. Har man f.eks. kommet til at det foreligger to straffbare forhold etter strl. § 62, må det stilles like mange spørsmål til lagretten etter strpl. § 364 andre ledd. Ved sterk konvergens oppstår det m.a.o. en *rettsfølgekumulasjon*:



Figur 8

Ved svak konvergens får man ikke en slik kumulasjon. At identitet er fastslått i forhold til ett regelsett, betyr ikke nødvendigvis at man ved anvendelsen av andre identitetsregler vil komme frem til samme resultat (selv om rettsanvenderen som nevnt i forrige punkt så langt det er mulig vil søke å oppnå et slikt sammenfall).

8 Valg av prinsipp

8.1 Problemstilling

Problemstillingen i dette kapitlet er hvorvidt det er hensiktsmessig å bygge på et sterkt konvergensprinsipp ved anvendelsen av de reglene som er fremstilt i kapittel 3 – 5.

Spørsmålet om hvilket prinsipp som bør velges, er drøftet generelt i punkt 2.5. I inneværende kapittel gis disse generelle perspektivene anvendelse på reglene avhandlingen tar for seg (punkt 8.2). Dette innebærer en normativ vurdering av rettspraksis' valg av prinsipp.

I punkt 8.3 ser jeg på hvor stort spillerom det er for en kursomlegging innenfor rammene av den juridiske metode – hvor tung rettskildemessig vekt innehar den rettspraksis som er gjennomgått i punkt 6.3, når man skal ta stilling til valget av prinsipp?

8.2 Normativ vurdering

Utgangspunktet er lovgivers oppfatning av det koherensfokuserte identitetsspørsmålet. Det er imidlertid på det rene at lovgiver ikke har tatt stilling til hvorvidt de reglene avhandlingen tar for seg har samme innhold, hverken i lovteksten eller i forarbeidene til noen av bestemmelsene.

Det neste spørsmålet blir hvorvidt ordlyden i bestemmelsene – herunder konteksten – etter en naturlig språklig fortolkning har samme betydning. Ordlyden varierer en del fra bestemmelse til bestemmelse. Men hverken uttrykkene i seg selv, eller den konteksten de inngår i, tilsier etter mitt skjønn at bestemmelsene har forskjellig innhold, dersom de leses ut fra alminnelige språknormer.

Utgangspunktet er da svak konvergens, se punkt 2.5.3. Man bør imidlertid velge et divergensprinsipp dersom hensynene bak noen av reglene blir skadelidende av at et slikt prinsipp legges til grunn. Fokuset må derfor rettes mot de grunnleggende hensynene bak reglene. I vårt tilfelle er det tale om fem ulike regelsett med tilhørende legislative begrunnelser (ettersom realkonkurrensreglene tilgodeser ulike hensyn, må de i denne forbindelse behandles separat).²¹⁷

En kan tenke seg tre mulige utfall av en komparativ vurdering av hensynene. For det første kan hensynene tenkes å trekke i samme retning (*supplementære* hensyn). For det andre kan hensynene trekke i forskjellig retning (*kontrære* hensyn). Og for det tredje kan det tenkes at hensynene hverken kolliderer eller trekker i samme retning (*nøytrale* hensyn). Et kompliserende element er dog at det ikke gir mening å tale om kontrære hensyn osv. *generelt sett*. Hensynene kan tenkes å stå i opposisjon med hverandre i noen tilfeller, men ikke i andre. Spørsmålet blir derfor om det kan tenkes *konkrete situasjoner* der hensynene må anses å være kontrære eller supplementære. Er dette ikke tilfellet, betegnes de som nøytrale.

For å lette oversikten over den følgende drøftelsen, er de ulike reglene og hensynene oppført i en matrise. Bokstavene S, K og N er forkortelser for hhv. supplementære, kontrære og nøytrale hensyn. Bokstaven B brukes for å markere at et hensyn utgjør en del av begrunnelsen for en regel.

²¹⁷ Hensynene bak reglene er gjennomgått i punkt 3.3, 4.3 og 5.3 ovenfor.

	A Foreldelse	B Strafferammer	C Norsk retts stedlige virkeområde	D Tiltalens innhold	E Bevis- og voteringsmetode
(1) Individualprevensjon (Se punkt 3.3.2)	B	S	N	N	N
(2) Rimelighetshensyn (Se punkt 3.3.2)	B	S	N	N	N
(3) Straffverdighet (Se punkt 3.3.3)	N	B	N	N	N
(4) Jurisdiksjonsbegrensninger (Se punkt 3.3.4)	N	N	B	N	N
(5) Individuasjons hensyn (Se punkt 4.3.2)	N	N	N	B	N
(6) Rettssikkerhet (Se punkt 4.3.4 og 5.3.3)	K	N	N	B	B
(7) Kontrollhensyn (Se punkt 4.3.3)	N	N	N	B	N
(8) Effektivitetshensyn (Se punkt 4.3.5 og 5.3.4)	S	N	N	B	B
(9) Hensynet til den alminnelige rettsfølelsen (Se punkt 5.3.2)	S	S	N	N	B

Figur 9

I forhold til formålet med dette avsnittet, er det de potensielt kontrære hensyn som er interessante.

Det er imidlertid grunn til å påpeke at enkelte hensyn trekker i samme retning som hensynene bak regler de tradisjonelt ikke har blitt ansett som en del av begrunnelsen for. Hensynet til individualprevensjon kan anses å være supplementært med hensynene bak reglene om forhøyelse av strafferammen ved konkurrens (B1). En kunne tenke seg at det har en viss preventiv effekt at gjerningsmannen vet at det åpnes for høyere straff når han har begått mer enn ett lovbrudd. Regelen kan også sies å være underbygget av rimelighetsbetraktninger (B2), som igjen har en nær sammenheng med hensynet til den alminnelige rettsfølelse (B9) – det er *rimelig* at det åpnes for strengere straff når det foreligger mer enn én forgåelse. Hensynet til den alminnelige rettsfølelsen kan også tale for at et straffbart forhold burde foreldes når det har gått lang tid siden det ble begått, og omvendt at et forhold ikke burde foreldes så lenge det vedvarer (A9).²¹⁸

Som det fremgår av skjemaet, er det etter mitt skjønn bare ett tilfelle hvor det kan tenkes å bli spørsmål om noen av hensynene er kontrære: Det er ikke gitt at hensynene bak foreldelsesregelen i strl. § 69 og hensynet til rettssikkerhet trekker i samme retning (A6).²¹⁹ Som nevnt ovenfor betyr ikke dette at hensynene generelt sett trekker i motsatt retning, men at det kan tenkes situasjoner der det oppstår motstrid mellom dem.

Praktiske hensyn tilsier at grensene for hva som regnes som ”samme forhold” etter foreldelsesregelen trekkes vidt (A8). Momentet har vært trukket frem i rettspraksis, jf. f.eks. Rt. 1986 s. 260.

I saken sto A tiltalt for overtredelse av skatteloven av 1911 § 118, som rammet den som ga uriktige eller ufullstendige opplysninger i selvangivelsen. A var opprinnelig siktet for å ha unndratt flere millioner kroner gjennom uberettigede utgiftsføringer, i forbindelse at hans

²¹⁸ Det første er sagt rett ut i NOU 1983:57 på s. 254.

²¹⁹ Se Øyen: *Fortsatt forbrytelse* s. 233, som mener at hensynet til konsekvens og harmoni likevel tilsier sterk konvergens. Et problem i denne sammenheng er dog at Øyen ikke skiller mellom forskjellige konsekvenshensyn, se punkt 2.5.3. Eckhoff mener reelle hensyn tilsier en strengere norm i straffeprosessen, se Eckhoff: *Bevistema og voteringstema i straffesaker* s. 403. Han drøfter ikke betydningen av konsekvenshensyn. Han nevner Rt. 1964 s. 1368 som et eksempel på en sak hvor man burde ha lagt til grunn et divergensprinsipp mellom spørsmålet om foreldelse og fastleggelsen av bevis- og voteringstemaet. Avgjørelsen er gjennomgått i punkt 6.3.3.5.

firma utførte et større prosjekt på X. Senere ble siktelsen endret til å gjelde manglende inntektsføring av kr. 49.957, hvilket tilsvarte olje han hadde fått levert til privat bruk. Spørsmålet i saken var om den opprinnelige siktelsen også avbrøt foreldelsen for den manglende inntektsføringen av oljen. Høyesterett uttalte:

”Skattesaker vil ofte knytte seg til innviklede og uoversiktlige regnskaper og transaksjoner, hvor forgåelsene avdekkes gradvis under tidkrevende undersøkelser. Dette må få betydning for hvilke krav som må stilles for å avbryte foreldelse” (s. 262).

Høyesterett kom på denne bakgrunn til at forholdet ikke var foreldet. Det avgjørende var at ”siktelsen omfatter selvangivelsen for inntektsåret 1978, og at gjerningsbeskrivelsen i skatteloven § 118 rammer ’den som i selvangivelse ... forsettlig gir uriktige eller ufullstendige opplysninger som kan lede til iligning av for lav skatt’” (s. 262).

Hverken individualpreventive hensyn eller rimelighetsbetraktninger kan sies å tale mot det resultatet Høyesterett kom til. Forholdene i saken gjaldt ble begått i 1978, og A ble siktet for disse i 1984. Det hadde derfor ikke gått så lang tid at straffens preventive effekt hadde avtatt, eller det fremsto som urimelig å straffe.

Det praktiske hensynet som her ble utslagsgivende, er forvekslende likt det som kommer inn ved utformingen av tiltalebeslutningen og bevis- og voteringstemaet. Høyesterett har i flere avgjørelser slakket av på identitetskravet, dersom en streng håndhevelse av dette ville kunne medføre at straffbare forhold ikke ble rettergangsført, jf. f.eks. Rt. 1940 s. 25 og 1997 s. 1771.

Det som skiller foreldelsesregelen fra de straffeprosessuelle bestemmelsene, er at det bare er sistnevnte som aktualiserer rettssikkerhetshensyn. Det er etter mitt skjønn vanskelig å se det som et rettssikkerhetsproblem at et forhold ikke blir foreldet, i et tilfelle der hensynene som begrunner foreldelsesinstituttet ikke gjør seg gjeldende. Et lempelig identitetskrav i

prosessuelle sammenhenger vil imidlertid raskt kunne utgjøre et rettsikkerhetsproblem, også der det neppe er betenkelig at identitetskravet i foreldelsesbestemmelsen legges på strekk. Dersom man f.eks. hadde ansett en tiltale som tilsvarte den opprinnelige siktelsen i Rt. 1986 s. 260 for å utgjøre en fyllestgjørende spesifikasjon også av det forholdet tiltalte ble dømt for, ville det ikke vært mye igjen de hensyn strpl. § 252 skal ivareta, herunder muligheten til å forberede ens forsvar og vernet mot å bli overrumplet under hovedforhandlingen (de ulike komponentene i rettssikkerhetskravet er gjennomgått i punkt 4.3.4).

Det kan derfor tenkes å være en viss diskrepans mellom vekten av mothensynene mot praktiske betraktninger ved spørsmålet om foreldelse og i de prosessuelle sammenhengene. Spørsmålet blir hvorvidt denne forskjellen er tilstrekkelig til å begrunne divergens.

I Rt. 1986 s. 260 la Høyesterett til grunn at grensene for hva som er samme forhold ikke kan trekkes likt etter strl. § 69 og strpl. § 38. Etter å ha vist til de praktiske hensyn og deres betydning for tolkingen av strl. § 69, uttalte førstvoterende at ”man her ikke kan stille de samme krav til identitet som når det gjelder forholdet mellom tiltalebeslutning og dom” (s. 262).²²⁰ Dette var et brudd med den rettsoppfatning som ble lagt til grunn i Rt. 1982 s. 513 (se punkt 6.3.2). Spørsmålet blir om dette har noen overføringsverdi til reglene om tiltalebeslutningens innhold og bevis- og vootingstemaet. For å ta stilling til dette, er det nødvendig å se nærmere på den legislative begrunnelsen for strpl. § 38, og dennes sammenheng med de øvrige prosessuelle reglene.

Det følger av anklageprinsippet at kompetansen til å igangsette en strafforfølgning skal ligge hos et annet organ enn domstolene, jf. strpl. § 63 og strl. § 77.²²¹ Strpl. § 38 kan sees i forlengelsen av disse lovstedene. Dersom retten, straks påtalemyndigheten hadde brakt

²²⁰ Rekkevidden av uttalelsen er ikke uten videre klar. Bratholm/Matningsdal: *Straffelovens alminnelige del med kommentarer* antar på s. 590 at avgjørelsens betydning ikke er begrenset til skattesaker, og at man ”i alle fall i enkelte andre relasjoner” også må stille svakere identitetskrav. Jeg er enig i dette.

²²¹ Om prinsippet generelt vises det til henvisningene i note 154 ovenfor.

tiltalte foran domstolen, ble ansett kompetent til å pådømme ethvert lovbrudd den fant det bevist at vedkommende hadde begått, ville det være lite reelt innhold igjen i anklageprinsippet.²²² Prinsippets eneste funksjon ville være å hindre at domstolen igangsatte strafforfølgning på egenhånd. Men så snart tiltale var tatt ut, ville domstolen ha adgang til å domfelle for alle forgåelser den mente tiltalte hadde gjort seg skyldig i. Normalt vil retten også ha *plikt* til å dømme for samtlige forhold den er kompetent til å behandle.²²³

Et vidtgående identitetsbegrep i strpl. § 38 ville således medføre en kompetanseforskyvning fra påtalemyndigheten til retten. Anklageprinsippet tilsier derfor en snever avgrensning av hva som regnes som "samme forhold" etter strpl. § 38, på samme måte som hensynet til rettssikkerhet tilsier en streng bedømmelse i forhold til reglene om tiltalebeslutningens innhold og bevis- og voteringstemaet.

Det eksisterer også nære sammenhenger mellom strpl. § 38 og § 252. En del av begrunnelsen for strpl. § 252 er at tiltalen skal være spesifisert nok til å individualisere det straffbare forholdet. Dette gjøres nettopp av hensyn til strpl. § 38 (se punkt 4.3.2).

De nevnte sammenhengene tilsier at Høyesteretts avgjørelse har overføringsverdi til forholdet mellom de reglene denne avhandlingen tar for seg. At Høyesterett satte seg ut over hensynet til språklig konsekvens ved fortolkningen av strl. § 69 og strpl. § 38, taler derfor også for divergens mellom de prosessuelle bestemmelsene avhandlingen drøfter og foreldelsesregelen.

En harmonisering vil videre gå på akkord med hensynene bak et av regelsettene, og dermed med hensynet til innholdsmessig konsekvens. Bygger man på et vidt identitetsbegrep for at

²²² Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 339.

²²³ Se Hov: *Rettergang II* s. 325 og Andenæs: *Norsk straffeprosess I* s. 347-348. Det er imidlertid antatt at retten ikke har en slik plikt hvis forholdet det i tilfelle er tale om å domfelle for er uten betydning for straffutmålingen, se Hov l. c. og Andenæs, l. c.

strl. § 69 ikke skal hindre en effektiv strafforfølgning, vil dette kunne gå på bekostning av hensynet til tiltaltes rettssikkerhet. Benytter man rettssikkerhetshensyn til å forsvare et snevert identitetsbegrep, vil foreldelsesregelen kunne hindre påtale av lovbrudd som det er tidkrevende å avdekke. Selv om det er ønskelig med språklig konsekvens, tilsier hensynet til innholdsmessig konsekvens med styrke et annet resultat i forhold til disse reglene.

Derimot finnes det ikke noen hensyn som taler for divergens innad i strafferetten. Rettssikkerhetshensynet er nøytralt i forhold til de øvrige realkonkurrensreglene (B6 og C6). Et problem som da oppstår, er at reglene om forhøyelse av strafferammen og straffelovens stedlige virkeområde i og for seg kan harmoniseres med både foreldelsesregelen og de prosessuelle bestemmelsene – men ikke begge. Det mest nærliggende er etter mitt skjønn å bygge på konvergens innad i strafferetten og i straffeprosessen, og divergens på tvers av disse rettsområdene. Dette medfører at man kan stille slakkere identitetskrav ved spørsmål om foreldelse, forhøyelse av strafferammen og straffelovens stedlige virkeområde, enn ved spesifisering av tiltalebeslutningen og bevis- og voteringstemaet.

At jeg anser denne løsningen som mest nærliggende, har sammenheng med de momentene som typisk vektlegges i forhold til det enkelte regelsett. Her er det en vesentlig forskjell på strafferetten og straffeprosessen. De strafferettslige momentene knytter seg gjennomgående opp mot *faktum* i saken (tid, sted, handlingenes art osv.), mens de straffeprosessuelle vurderingene typisk innebærer en avveining av *reelle hensyn* (rettssikkerhet og praktiske betraktninger).

Det er vanskelig å se at de strafferettslige momentene gir noe bidrag av betydning ved fastleggelsen av hva som er ”samme forhold” i henhold til de straffeprosessuelle bestemmelsene. En annen skål er at det i tilfeller hvor det foreligger sammenfall i tid, sted og forsett gjerne vil knytte seg tungtveiende beviser til en pågående virksomhet som

sådan.²²⁴ Høyesterett har riktignok i enkelte avgjørelser trukket veksler på strafferettslige momenter i saker som utelukkende gjaldt prosessuelle spørsmål, men det er det etter min mening liten grunn til.

De straffeprosessuelle hensyn gir videre liten veiledning ved tolking av de strafferettslige reglene. Det eneste tilfellet hvor et prosessuelt hensyn kan sies å spille inn, er der effektivitet anføres som et argument for et vidt identitetsbegrep i forhold til foreldelsesregelen, slik tilfellet f.eks. var i Rt. 1986 s. 260. Som nevnt er det imidlertid lite hensiktsmessig å harmonisere denne bestemmelsen med de prosessuelle reglene. Dette har sammenheng med rettssikkerhetshensynets manglende relevans ved anvendelsen av foreldelsesreglene.²²⁵ Man taper derfor lite på å skille mellom en strafferettslig og en straffeprosessuell identitetslære, ettersom de to rettsområdene uansett ikke er egnet til gjensidig belysning.

Drøftelsen så langt peker mot divergens mellom strafferetten og straffeprosessen, og konvergens innad i disse disiplinene. Det neste som må avklares, er hvorvidt konvergens innenfor disse rammene bør være sterk eller svak. Som nevnt bør utgangspunktet etter mitt skjønn være svak konvergens (punkt 2.5.3). Spørsmålet blir om særlige forhold likevel tilsier sterk konvergens.

Et moment som trekker i denne retning, er at vurderingstemaet og de relevante momentene er likeartede. I forhold til reglene om bevis- og voringstemaet kunne man innvendt at rettssikkerhetshensynet har større vekt i denne sammenheng enn ved utformingen av tiltalebeslutningen, og at dette taler mot sterk konvergens. Det må imidlertid påpekes at også de praktiske hensyn gjør seg gjeldende med større tyngde i forhold til dette regelsettet – et stort antall bevis- og voringstemaer utgjør en større trussel mot en effektiv

²²⁴ Eckhoff: *Bevistema og voringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i straffesaker* s. 402.

²²⁵ Uttrykket "relevans" brukes her i betydningen "spesiell relevans". Se om generell og spesiell relevans Helset: *Innledning til rettskildelæren* s. 280 og Boe: *Innføring i juss I* s. 166-167.

gjennomføring av straffesaken enn en utførlig tiltalebeslutning. Forskjellen mellom de to regelsettene er derfor ikke så stor som man skulle tro.

Etter mitt syn burde man operere med divergens mellom strafferetten og straffeprosessen, og sterk konvergens innad i hver av disse disiplinene.

8.3 Rettsanvenderens handlingsrom ved valg av prinsipp

8.3.1 Problemstilling

Den forutgående drøftelse demonstrerer etter min mening at Høyesteretts valg av prinsipp ikke er hensiktsmessig. Et nærliggende spørsmål blir da hvorvidt man i dag kunne skiftet kurs uten bruk av lovendringer. Hvilken vekt skal Høyesteretts valg av prinsipp tillegges?

Valget av prinsipp er, som fremhevet i punkt 2.4, et spørsmål om en *faktisk* oppfatning hos dommeren. I punkt 6.3.2 er det presentert fem ulike måter å slutte seg fra en rettsavgjørelses begrunnelse, til hvilken oppfatning dommeren har hatt om reglenes innbyrdes forhold. Problemstillingen i dette punkt er hvorvidt disse slutningene også kan sies å ha *normativ* betydning.

Utgangspunktet for vurderingen av en avgjørelses normative kraft er den såkalte *prejudikatlæren*.²²⁶ Uttrykket ”prejudikat” betegner en høyesterettsavgjørelse med stor rettskildemessig vekt.²²⁷ Uttrykket er ikke spesielt heldig. Det bringer for det første tankene hen til den angloamerikanske læren om *stare decisis*, hvor et prejudikat betegner en

²²⁶ Om læren generelt vises det til Eckhoff: *Rettskildelære* kap. 7, Boe: *Innføring i juss I* s. 246-261, Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* kap. 8, og *Anvendelse og fortolkning av dommer* s. 176-208.

²²⁷ At avgjørelsene anses som et argument for løsningen av lignende rettsspørsmål for fremtiden, medfører at Høyesteretts tekster omtales i en *normativ historisk presens* – det som var, er, og bør være. Se Bergo: *Høyesteretts forarbeidsbruk* s. 11-12.

bindende rettsavgjørelse.²²⁸ For det andre tilslører skillet prejudikat/ikke prejudikat at en avgjørelses rettslige betydning er et gradsspørsmål, ikke en dikotomi.²²⁹ Jeg kommer derfor ikke til å benytte prejudikatbetegnelsen i det følgende. Jeg bruker imidlertid uttrykket ”prejudikatlæren” som en samlebetegnelse på de ulike faktorene som har betydning for en høyesterettsavgjørelses rettskildemessige vekt.

Det første som må avklares er hvorvidt en slutning til dommerens valg av prinsipp – hvordan reglens innbyrdes forhold *er* blitt oppfattet – også kan henføres under prejudikatlæren, og dermed utgjøre et rettslig argument for hvordan spørsmålene *skal* løses. Dette gjennomgås i punkt 8.3.2 nedenfor. Dette er et spørsmål av generell interesse. Deretter ses det i punkt 8.3.3 på hvilken vekt de konkrete domsargumentene har i forhold til de reglene som er gjennomgått ovenfor i kap. 3-5.

8.3.2 Kan en slutning til det faktiske valg av prinsipp også utgjøre et normativt argument i henhold til prejudikatlæren?

Det er vanlig å operere med fem typer domsargumenter som kan utledes fra en høyesterettsavgjørelse.²³⁰ Spørsmålet blir om slutningene som ble gjennomgått i punkt 6.3 også kan ses som en slik type argument.

Jeg skiller i det følgende mellom ”domsargumenter” og ”slutningstyper”, slik at førstnevnte sikter til prejudikatlærens kategorier, og sistnevnte til kategoriene som er nevnt ovenfor i punkt 6.3.2. Det er grunn til å understreke at prejudikatlærens domsargumentkategorier utgjør slutninger fra rettskildefaktoren rettspraksis.

²²⁸ Boe: *Innføring i juss I* s. 253. En beslektet formulering forekommer der det spørres om en avgjørelse ”binder” rettsanvenderen til å legge til grunn et bestemt resultat, se f.eks. kritikken hos Frøberg: *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor* s. 189.

²²⁹ Boe: *Innføring i juss I* s. 253-254. Også de som benytter prejudikatbetegnelsen vedgår dette, se f.eks. Eckhoff: *Rettskildelære* s. 171.

²³⁰ Om ulike typer domsargumenter, se Eckhoff: *Rettskildelære* s. 164-175 og Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* s. 189-190.

Når jeg likevel skiller mellom ”domsargument” og ”slutning”, gjøres dette for å unngå at sistnevnte uttrykk blir benyttet om to forskjellige fenomener.

De tre første typene domsargumenter har som felles kjennetegn at de omhandler generelle rettssetninger.²³¹ Dersom rettssetningen fremkommer av premissene, og var et nødvendig ledd i avgjørelsen av saken, tales det om *anført ratio decidendi*. Hadde rettssetningen ikke betydning for resultatet, kalles den et *obiter dictum*. Disse to kategoriene kalles med en kortform ”anførte rettssetninger” i det følgende.

Det har vært vanlig å hevde at rettssetninger som nevnes i et obiter dictum, skal tillegges mindre vekt enn de som inngår i avgjørelsens ratio decidendi.²³² Standpunktet er ikke udiskutabelt. En økt bruk av obiter dicta som retningsgivende uttalelser, er en generell utviklingstendens ved Høyesteretts rettskildebruk.²³³ Dette kan få betydning for deres rettskildemessige vekt. Spørsmålet burde være hvor grundig problemstillingen har vært prosedert for retten, og hvor utførlig domspremissene er, ikke hvorvidt den aktuelle rettssetningen var nødvendig for å begrunne resultatet.²³⁴

Avgjørelser ses undertiden også som et utslag av rettssetninger som ikke fremkommer av premissene – såkalt *konstruert ratio decidendi*. Gjennom å oppstille et konstruert ratio foregir man å ha funnet den rettssetningen dommerne reelt sett bygget på. Det er således

²³¹ De tre argumenttypene kan derfor betegnes som *utsagnstolking*, ettersom man forsøker å oppstille et generelt rettslig utsagn, se Fleischer: *Anvendelse og fortolkning av dommer* s. 178.

²³² Eckhoff: *Rettskildelære* s. 172 regner ikke obiter-uttalelser som en del av avgjørelsens prejudikativ virkning. Slik også Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* s. 190. Se også Lilleholt: *Argumentasjonsmønsteret i høyesterettspraksis fra dei seinare åra*, særlig s. 70-75 og Jakhelln: *Obiter dicta – nei takk!*, som begge er skeptiske til bruk av obiter dicta.

²³³ Aasland: *Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis* s. 392 og Skoghøy: *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse* s. 336-338. Skoghøy mener at denne tendens må ses i sammenheng med at Høyesterett de siste 20 årene i større grad er seg bevisst sin rolle som ”rettsavklarer” og ”rettsutvikler”.

²³⁴ I denne retning Boe: *Innføring i juss I* s. 259 og Skoghøy: *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse* s. 337-338. Slik må antagelig også Hagstrøm forstås, se *Kausjonsretten i forandring* s. 364.

ikke bare tale om en normativ rekonstruksjon, hvor man oppstiller den rettssetning avgjørelsen *burde* vært tuftet på.²³⁵

Den fjerde typen domsargument knytter seg ikke opp mot et generelt utsagn, men består i å sammenligne faktum i de to avgjørelsene. Dette betegnes gjerne som *parallelldtolking*.²³⁶ Parallelldtolkingen kan sies å være *positiv* der man kommer til at sakene er like mht. til de rettslig relevante sidene ved faktum, slik at resultatet burde bli det samme i den nye sak, og *negativ* der man kommer til at det foreligger rettslig relevante forskjeller ("distinguishing the case").²³⁷ Det er en flytende grense mellom parallelldtolkinger, og den femte typen domsargumenter – *analogiene*.²³⁸ Analogien kan gjelde domsutfallet eller uttalelser i premissene.

De ulike typene domsargumenter skulle med dette være kartlagt. Spørsmålet blir så hvorvidt noen av slutningstypene kan henføres under en av disse kategoriene. Det første som må avklares, er hvorvidt noen av slutningstypene kan ses som anførte rettssetninger.

Den første slutningstypen jeg opererer med – tilfellene hvor Høyesterett direkte uttaler seg om hvorvidt flere uttrykk har samme betydning – passer godt inn i kategorien "generelle rettssetninger". Disse kan være anført ratio eller obiter dicta, avhengig av om det var nødvendig å ta stilling til det koherensfokuserte identitetsspørsmålet for å løse saken.

Rent umiddelbart kunne det synes nærliggende å henføre den tredje slutningstypen under samme rubrikk – når Høyesterett omtaler flere regler under ett, fastslår en generell

²³⁵ Se nærmere Høgberg: *Kontraktstolkning* s. 87 og *Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket "reelle hensyn"* s. 613.

²³⁶ Forskjellen på utsagnstolkning og parallelldtolking er langt på vei et spørsmål om valg av perspektiv, se nærmere Fleischer: *Anvendelse og fortolkning av dommer* s. 179.

²³⁷ Fleischer: *Anvendelse og fortolkning av dommer* s. 179.

²³⁸ Se om å analogisere fra rettsavgjørelser Eckhoff: *Rettskildelære* s. 171-172 og Fleischer: *Anvendelse og fortolkning av dommer* s. 204.

rettssetning i domspremissene. Det er imidlertid ikke innlysende at utsagn av typen ”det stiller sig [ikke] tvilsomt, at der her jo kun er spøragsmaal om ett straffbart forhold i strafferetslig forstand”²³⁹ eller ”det har [...] prosessuelle følger om det er eitt eller fleire brotsverk, mellom anna for om det skal stillast eitt eller fleire spørsmål i ei lagrettesak”²⁴⁰ skal betraktes som rettssetninger hva angår *forholdet mellom* de ulike reglene. Man har ikke holdepunkter for at domstolens intensjonsdybde i slike tilfeller stikker så dypt at utsagnet er ment å gi uttrykk for en rettssetning. Det kan like godt skyldes en intuitiv oppfatning av reglenes innbyrdes forhold, uten at denne er fundert i rettskildefaktorene.

Dette skaper også problemer for å tillegge slutninger av type 2 – felles anvendelse av flere regelsett – normativ virkning. Selv om domstolen her måtte formulere seg på en slik måte at det f.eks. er mest nærliggende å anta at de har ansett normen for å være enhetlig, har man ingen garanti for at standpunktet har sin rot i en anvendelse av den juridiske metode.

Slutningstype 4 og 5 – angivelsen av skjønnstemaet og momentene – er det nærliggende å anse som anførte rettssetninger. Når Høyesterett f.eks. bygget på momentene fra realkonkurrenslæren i Rt. 1998 s. 1416 da den skulle ta stilling til om strpl. § 252 var overtrådt, inngikk anvendelsen av vurderingskriteriene fra strafferetten som en del av den rettslige begrunnelsen for resultatet etter den straffeprosessuelle bestemmelsen. Her faller således fastleggelsen av dommerens faktiske og rettslige vurdering av reglenes innbyrdes forhold sammen.

En annen sak er at man selvfølgelig ikke har noen absolutte holdepunkter for at momentangivelsen skyldtes en vurdering av rettskildefaktorene. Å legge til grunn at domstolen også her kan ha bygget på intuisjon blir imidlertid noe spekulativt, når begrunnelsen så klart foregir at det her er tale om rettsanvendelse. Der hvor domstolen anvender rettskildefaktorer tilhørende ett regelsett ved fortolkningen av et annet, kan en

²³⁹ Rt. 1912 s. 215 på s. 222, se ovenfor i punkt 6.3.3.7.

²⁴⁰ Rt. 2005 s. 1524 avsnitt 11, se ovenfor i punkt 6.3.3.2.

derfor si at en vurdering av reglenes innbyrdes forhold utgjør en del av avgjørelsens ratio decidendi.

Det neste spørsmålet blir hvordan slutningstypene forholder seg til kategorien konstruert ratio decidendi.

I forhold til slutningstype 1, 4 og 5 er det liten grunn til å gripe til denne forklaringsmodellen, når man kan bygge på avgjørelsens anførte ratio. Tilstedeværelsen av en uttrykt rettssetning utelukker riktignok ikke at man konstruerer en annen begrunnelse.²⁴¹ Men det er vanskelig å se at en slik konstruksjon ville gi noen mening i vårt tilfelle. Derimot er det grunn til å se nærmere på tilfellene der Høyesterett anvender eller omtaler flere regler under ett, uten å uttale seg om disses innbyrdes forhold.

Et typisk konstruert ratio består i å ta avgjørelsens faktum og konklusjon for gitt, for så å søke etter andre kriterier for generering av enheten av fakta og konklusjon enn de som er anført i begrunnelsen.²⁴² Kjennetegnet ved slutningstype 2 og 3 er imidlertid at det ikke er inntatt noe klart begrunnet standpunkt til valget av prinsipp – hadde det vært tilfelle, ville avgjørelsen inneholdt slutninger av type 1. Avgjørelsen bygger i stedet på en stilltiende forutsetning om reglenes forhold til hverandre. En kunne si at dette gjør det mindre betenkelig å konstruere den ”reelle” begrunnelsen. Man setter seg ikke ut over den anførte begrunnelse ved å anse identitetsspørsmålet for å være regulert av en bestemt rettssetning – det er i stedet tale om å supplere resultatet med et rettslig grunnlag som kan forklare det.

Det kan imidlertid ligge en tilsnikelse i å anse valget av prinsipp for å være utslag av en generell rettssetning, der denne ikke fremgår av avgjørelsen. Å konstruere en rettssetning er som nevnt ikke en normativ øvelse etter norsk rett. Man foregir snarere å ha funnet den

²⁴¹ I Rt. 1905 s. 715 legger f.eks. Høyesterett til grunn at tidligere avgjørelser som tilsynelatende bygget på culpabetraktninger, i realiteten var utslag av et ulovfestet objektivt ansvar. Se Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* s. 189.

²⁴² Eng: *Får prejudikatlæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?* s. 31.

rettssetning som dommeren reelt sett hadde i tankene da han skrev sin avgjørelse.²⁴³

Ethvert konstruert ratio innebærer riktignok en fare for å ta avgjørelsen til inntekt for ens egen oppfatning av hvordan resultatet *burde* ha vært begrunnet. Dette aspektet er imidlertid mer fremtredende i vårt tilfelle enn ved bruk av konstruerte domsargumenter ellers.

Et konstruert ratio innebærer normalt at man bytter ut en rettslig begrunnelse for en annen. Man legger f.eks. til grunn at Høyesterett bygget på ”interesselæren” i Rt. 1910 s. 231 og 1912 s. 263 da den tok stilling til rekkevidden av kjøpers rettsvern overfor selgers konkursbo, på tross av at resultatet ble begrunnet i andre rettslige betraktninger.²⁴⁴ I vårt tilfelle er det imidlertid ikke nødvendigvis tale om å bytte ut en rettsoppfatning med en annen, da det er uklart hvorvidt Høyesteretts valg av prinsipp i det hele tatt er forankret i en rettslig betraktning. Tilsnikelsesfaren er derfor ikke begrenset til å skyve dommerens reelle juridiske oppfatning ut i kulden til fordel for ens eget syn på jussen – man risikerer å tilskrive en mer eller mindre ureflektert faktisk oppfatning en normativ kraft. Dette gir konstruksjonen et mer spekulativt preg enn det å bytte ut et rettslig standpunkt med et annet. Etter mitt skjønn er derfor domsargumenter av typen konstruert ratio decidendi i det hele tatt lite egnet som innfallsvinkel til slutninger av type 2 og 3.

Prejudikatlærens kategori konstruert ratio decidendi er derfor ikke et fruktbart utgangspunkt for å avgjøre hvilken normativ kraft Høyesteretts valg av prinsipp bør tillegges.

Spørsmålet blir så hvorvidt man ved bruk av en parallelltolking kan anse Høyesteretts valg av prinsipp som et domsargument med normativ kraft.

I forhold til slutningstype 3 er det vanskelig å se at denne tolkingstypen er relevant. Dersom Høyesterett har omtalt flere regler under ett, uten at dette skjedde som ledd i et

²⁴³ Se ovenfor i note 235.

²⁴⁴ Se Eckhoff: *Rettskildelære* s. 171-172 og Fleischer: *Anvendelse og fortolkning av dommer* s. 190.

juridisk resonnement, gir dette ikke noe bidrag til å avklare hvordan faktum bør bedømmes for fremtiden.

Parallelltolking kan et stykke på vei være anvendelig i forhold til slutningstype 1, 2, 4 og 5. Det kan f.eks. argumenteres med at når domstolen ikke differensierte mellom strl. § 62 og reglene om bevis- og voteringstemaet i en sak, så bør man i lignende saker også fellesbehandle reglene. Og la retten vekt på at tiden, stedet og forsettets enhet talte for at spesifikasjonskravet i strpl. § 252 var oppfylt i en sak, så bør utfallet bli et annet i saker hvor faktum ligger annerledes an.

Det som er av interesse i vår sammenheng, er imidlertid om det faktiske valget av prinsipp kan gi opphav til et domsargument som *generelt* har betydning for spørsmålet om flere identitetsvurderinger er regulert av samme norm, flere normer som skal harmoniseres, eller normer som skal holdes atskilt. En parallelltolking innebærer en fastleggelse av om det foreliggende tilfelle y har samme egenskaper som det gamle x.²⁴⁵ En slik tolking vil derfor alltid måtte relateres til to konkrete saksforhold. Parallelltolkinger kan således ikke si noe om løsningen av koherensfokuserte identitetsspørsmål generelt sett, og er derfor uten interesse i denne sammenheng. Det samme gjelder analogier, ettersom sontringen mellom slike slutninger og parallelltolkinger er et gradsspørsmål.²⁴⁶

Svarene på om slutningstypene kan henføres under prejudikatlærens domsargumentkategorier, kan oppsummeres i følgende figur:

²⁴⁵ Fleischer: *Anvendelse og fortolkning av dommer* s. 182.

²⁴⁶ Eckhoff: *Rettskildelære* s. 171.

	Generelle uttalelser	Felles anvendelse	Felles omtale	Angivelse av skjønnsstema og momenter
Anført rettssetning	Ja	Nei	Nei	Ja
Konstruert rettssetning	Nei	Nei	Nei	Nei
Parallelltolking	Nei	Nei	Nei	Nei
Analogi	Nei	Nei	Nei	Nei

Figur 10

8.3.3 Domsargumentenes vekt i forhold til reglene om realkonkurrens, tiltalebeslutningens innhold og bevis- og voteringstemaet

Det ble i forrige punkt lagt til grunn at det kun er slutningstype 1, 4 og 5 som både kan tjene som argumenter for hvilket prinsipp Høyesterett *faktisk* har bygget på, og hvilket prinsipp rettsanvenderen for fremtiden *skal* legge til grunn, på grunn av høyesterettspraksis betydning qua rettskildefaktor. Spørsmålet blir i hvor stor grad rettskildeprinsippene tilsier at Høyesteretts sterke konvergensprinsipp også må legges til grunn for fremtiden. Drøftelsen begrenses til om man burde bygge på et sterkt konvergensprinsipp *mellom* de strafferettslige og straffeprosessuelle reglene.

Det foreligger enkelte avgjørelser hvor domstolen har lagt vekt på strafferettslige momenter ved fortolkningen av de straffeprosessuelle bestemmelsene, se punkt 6.3.4. Disse avgjørelsene kan sies å bygge på en generell rettsetning – de strafferettslige og straffeprosessuelle vurderingene reguleres av én felles norm. Ettersom momentene ble benyttet som et ledd i vurderingen av om de prosessuelle bestemmelsene var overtrådt, inngår rettssetningen som en del av avgjørelsens ratio decidendi.

Tradisjonelt er det disse delene av avgjørelsen som anses å ha størst vekt.²⁴⁷ Vekten varierer imidlertid avhengig av om premissene er utformet i prinsipielle ordelag.²⁴⁸ Det er i liten grad tilfellet her. Ingen av avgjørelsene inneholder noen drøftelse av reglenes innbyrdes forhold – bruken av strafferettslige momenter i straffeprosessuelle sammenhenger er ubegrunnet. Av denne grunn kommer domstolen heller ikke inn på motforestillinger mot å bygge på en enhetlig norm. Dette svekker avgjørelsens normative kraft.

Formålsbetraktninger taler med styrke mot å bygge på et sterkt konvergensprinsipp. Dette vil kunne gå på bekostning av hensynet til rettssikkerhet, eller en effektiv straffeforfølgning. Begge verdistandpunkter er tungtveiende.²⁴⁹ Hensett til at Høyesterett ikke har vurdert vekten av disse hensynene i forhold til det spørsmål som her foreligger, bør rettspraksis' valg av prinsipp ikke anses som et tungtveiende argument for fremtiden. Av betydning i denne sammenheng er også at Høyesterett i Rt. 1986 s. 260 la til grunn et divergensprinsipp, nettopp av hensyn til en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Så lenge en slik vurdering ikke er foretatt – og Høyesterett ikke har tatt prinsipielt standpunkt til hvilket prinsipp som bør legges til grunn – står rettsanvenderen etter mitt skjønn nokså fritt når spørsmålet om konvergens eller divergens skal avgjøres.

²⁴⁷ Eckhoff: *Rettskildelære* s. 166, Fleischer: *Rettskilder og juridisk metode* s. 189 og Boe: *Innføring i juss I* s. 259.

²⁴⁸ Boe: *Innføring i juss I* s. 259, Andenæs: *Innføring i rettsstudiet* s. 116-117.

²⁴⁹ Se om rettssikkerhetshensynets sentrale rolle f.eks. Eckhoff: *Rettskildelære* s. 395 og Bernt/Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister* s. 243. Om betydningen av effektivitetshensynet i straffeprosessuelle sammenhenger vises det til punkt 4.4 og 5.4 ovenfor, hvor det fremgår av Høyesterett legger stor vekt på slike betraktninger.

9 Avslutning

Avhandlingens målsetting har vært å gi en nærmere analyse av identitetsspørsmål generelt, og i forhold til visse regler i strafferetten og straffeprosessen spesielt. Avslutningsvis skal det pekes på fellestrekk ved de identitetsvurderinger som er foretatt, som jeg antar har relevans også for andre identitetsspørsmål enn de som eksplisitt er drøftet.

Så vel den juridiske teorien som rettspraksis har rettet størst fokus mot de innholdsfokuserte identitetsspørsmålene. De koherensfokuserte identitetsspørsmålene er gjennomgående ofret liten oppmerksomhet. Forskjellen kan nok forklares med at det bare er de innholdsfokuserte spørsmålene som *må* besvares for at rettstilstanden på et bestemt område skal kunne fastlegges. De koherensfokuserte identitetsspørsmålene kommer bare på spissen der det anføres at et bestemt uttrykk skal forstås på samme måte i flere bestemmelser, eller en part anfører rettskildefaktorer tilhørende ett regelsett ved fortolkningen av et annet. Og i slike tilfeller kan domstolen ofte omgå problemet ved å konstatere at resultatet *i den konkrete saken* må bli det samme i begge relasjoner, uavhengig av hvordan man *generelt* vil besvare identitetsspørsmålet.

I den grad et bestemt syn på identiteten på koherensplanet kan spores i en rettsavgjørelse, er det ikke alltid mulig å avgjøre hvorvidt dette har sin rot i et syn på rettskildefaktorene, eller i en (mer eller mindre bevisst) psykologisk oppfatning. Dette gjør at man i enkelte tilfeller har grunn til å anta at domstolen har bygget på et bestemt syn på reglenes innbyrdes forhold, uten at dette nødvendigvis gjenspeiler en rettslig bedømmelse fra dommerens side, eller at en slutning fra begrunnelsen til dommerens oppfatning av identitetsspørsmålet også utgjør et normativt argument for løsningen av slike spørsmål for fremtiden.

Prinsipielt sett er det imidlertid ingen forskjell på de to typene identitetsspørsmål. Begge kan og bør løses ved hjelp av den juridiske metode. I den grad avhandlingen er bærer av et rettspolitisk budskap, er dette at de koherensfokuserte identitetsspørsmålene bør løftes frem som rettslige problemstillinger, og undergis en bedømmelse med utgangspunkt i rettskildeprinsippene. Dette vil bidra til rettsavklaring når innholdsfokuserte identitetsspørsmål skal besvares, og sikrer at standpunktet til det koherensfokuserte identitetsspørsmålet er veloverveid.

Det må imidlertid erkjennes at løsningen på identitetsspørsmål (i begge betydninger) et stykke på vei ligger utenfor rekkevidden av den juridiske metode. Generelt vil man i en rettsanvendelsesprosess som fordrer avveininger, støte på et punkt hvor det har skjedd en samordning av argumenter som det ikke fullt ut kan redegjøres for. Dette er metodelærens såkalte *black box* problem, som er nevnt i punkt 2.3.2. Det er mulig at *Sundby* hadde rett i at samordningen styres av normer som rettsanvenderen ikke besitter innsikt i. Men det siste leddet i avveiningen kan også tenkes å utgjøre en lakune i retten, et ledd i overveiellesprosessen der følelser, intuisjon eller mer dunkle psykologiske fenomener spiller en vesentlig rolle.

Konsepter om identitet i hverdagen har en særlig sterk intuitiv komponent. Det er vanskelig å forestille seg at dette aspektet uten videre kan settes til side når en identitetsvurdering skal foretas i en rettslig kontekst. Dette gir grunn til å anta at intuisjonsaspektet er særlig stort ved løsningen av slike rettsspørsmål, som i stor grad beror på avveininger. Sett under ett er rettsanvendelsens "sorte bokser" derfor et fremtredende trekk ved juridiske identitetsspørsmål.

Her ligger kanskje litt av begrunnelsen for at Høyesterett uten noen nærmere forklaring har trukket inn tiden, stedet og forsettets enhet når den skal ta stilling til om det foreligger ett straffbart forhold i prosessuell forstand. Vårt alminnelige konsept om hva som utgjør "én handling" knytter seg så nært opp mot handlingens faktiske karakter, at det virker kontraintuitivt å ikke trekke veksler på trekk ved hendelsesforløpet når vurderingen skal

foretas – selv om den prosessuelle vurderingen gjennomgående bør knyttes opp mot en avveining av verdistandpunkter (rettssikkerhet og effektivitet) fremfor en bedømmelse av faktum.

Det som nå er sagt, er intet argument *mot* å underkaste de koherensfokuserte identitetsspørsmålene en rettslig drøftelse. Dette bringer inn et større element av forutsigbarhet enn der intuisjonen får råde grunnen alene. Men det er etter min mening ikke riktig å anta at man gjennom en rettsanvendelsesprosess har foretatt en fullstendig rasjonalisering av identitetsvurderingen på koherensplanet (og – implisitt – at de innholdsfokuserte spørsmålene reguleres av den juridiske metode i alle ledd). Man kan ikke spalte opp en oppfatning av hva som utgjør ”ett forhold” el. l. i alle dets enkelte bestanddeler, hver med sin klart definerte tyngde på vektskålen. Listen over forhold som har innvirket på avgjørelsen, er heller ikke uttømt når rettskildefaktorene er gjennomgått. Rettsanvenderen som med metodelæren i hånd forsøker å reflektere over identitetsspørsmål, beveger seg derfor i ulendt terreng med et ufullstendig kart.

10 Litteratur

Andenæs, Johs: *Alminnelig strafferett*. 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004.

Andenæs, Johs: *Innføring i jusstudiet*. 6. utg. Oslo, 2002.

Andenæs, Johs: *Norsk straffeprosess. Bind I og II*. 3. utg. Oslo, 2000.

Andenæs, Johs. og Anders Bratholm: *Spesiell strafferett*. 3. utg. Oslo, 1996.

Andenæs, Mads Henry: *Rettskildelære*. 1. utg. Oslo, 1997.

Andorsen, Kjell V.: *Strafferettslig samtykke*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1992 s. 305-475.

Augdahl, Per: *Rettskilder*. 3 utg. Oslo, 1973.

Backer, Inge Lorange: *Innføring i naturressurs- og miljørett*. 4. utg. Oslo, 2002.

Bergo, Knut: *Høyesteretts forarbeidsbruk*. 1. utg. Oslo, 2000.

Bergo, Knut: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*. 1. utg. Oslo, 2002.

Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*. 1. utg. Bergen, 1998.

Blandhol, Sverre: *Hva er pragmatisme?* Tidsskrift for rettsvitenskap 2005 s. 491-524.

Blandhol, Sverre: *Nordisk rettspragmatisme*. 1. utg. København, 2005.

Blandhol, Sverre: *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s. 365-391.

Bjerke, Hans Kristian og Erik Keiserud: *Straffeprosessloven. Kommentarutgave. Bind I og II*. 3. utg. Oslo, 2001.

Boe, Erik: *Innføring i juss. Bind I*. 2. utg. Oslo, 1996.

Bratholm, Anders: *Strafferett og samfunn*. 1. utg. Oslo, 1980.

Dworkin, Ronald: *Taking rights seriously*. 1. utg. Massachusetts, 1978.

Eckhoff, Torstein: *Bevistema og voteringstema ved avgjørelsen av skyldspørsmål i straffesaker*. Lov og rett 1986 s. 392-408.

Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*. 8 utg. ved Eivind Smith. Oslo, 2006.

Eckhoff, Torstein: *Harmonisering av rettskildefaktorer og motstrid mellom regler*. Jussens venner 1980 s. 289-301.

Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*. 5 utg. ved Jan Helgesen. Oslo, 2001.

Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby: *Rettsystemer*. 1. utg. Oslo, 1976.

Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby: *Rettsystemer*. 2. utg. ved Torstein Eckhoff. Oslo, 1991.

Endresen, Rolf Theil, Hanne Gram Simonsen og Andreas Sveen: *Innføring i lingvistik*. 2. utg. Oslo 2000.

Eng, Svein: *Får prejudikatlæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?* Tidsskrift for rettsvitenskap 1997 s. 21-44.

Eng, Svein: *Rettsfilosofi*. 1. utg. Oslo, 2007.

Eng, Svein: *U/enighetsanalyse*. 1. utg. Oslo, 1998.

Eskeland, Ståle: *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006.

Fausa, Jostein Sæbø: *Det straffbare forholds identitet*. Jussens venner 2005 s. 41-70.

Fleischer, Carl August: *Anvendelse og fortolkning av dommer*. Jussens venner 1965 s. 146-208.

Fleischer, Carl August: *Rettskilder og juridisk metode*. 1. utg. Oslo, 1998.

Frøberg, Thomas: *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor*. Jussens venner 2007 s. 176-194.

Føllesdal, Dagfinn og Lars Walløe: *Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi*. 7 utg. 2000.

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utg. Oslo, 2007.

Graver, Hans Petter: *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2006 s. 189-221.

Graver, Hans Petter: *Skiltmakerdommen som veiskille?* Tidsskrift for erstatningsrett 2005 s. 165-168.

Hagstrøm, Viggo: *Kausjonsretten i forandring* i Lødrup, Peter (red.): *Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith* s. 362-384.

Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Magnus Aarbakke: *Obligasjonsrett*. 1. utg. Oslo, 2003.

Hart, H.L.A: *The concept of law*. 2. utg. Oxford, 1994.

Helgesen, Jan E.: *Er det fruktbart å operere med begrepet "motstrid mellom rettsregler", eller løses problemene best via harmonisering av rettskildefaktorer alene?* Jussens venner 1979 s. 1-13.

Helset, Per: *Innledning til rettskildelæren*. Jussens venner 1986 s. 261-296.

Hov, Jo: *Interesseteoriene i straffeprosessen* i Bratholm, Anders, Nils Christie og Torkel Opsahl (red.): *Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs*. 1. utg. Oslo, 1982 s. 453-472.

Hov, Jo: *Rettergang. Bind I-III*. 2 utg. Oslo, 2007.

Husby, Stein: *Noen betraktninger om spørsmålsstillingen til lagretten i narkotikasaker* i Michelsen, Hans M., Helge Røstad og Gunnar Aasland (red.): *Rett og rettssal. Festskrift til Rolv Ryssdal* s. 311-336.

Huser, Kristian: *Avtaletolking: en innføring i avtaletolkingslærens alminnelige del*. 1. utg. Bergen, 1983.

Høgberg, Alf Petter: *Bokanmeldelse: Knut Berge: Høyesteretts forarbeidsbruk*. Kritisk Juss 2001 s. 345-353.

Høgberg, Alf Petter: *Kontraktstolkning. Særlig om tolkingsstiler ved fortolking av skriftlige kontrakter*. 1. utg. Oslo, 2006.

Høgberg, Alf Petter: *Om kritikkene av fenomenet reelle hensyn, begrepet 'reelle hensyn' og termen "reelle hensyn"* i Fauchald, Ole Kristian, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.): *dog Fred er ej det Bedste... Festskrift til Carl August Fleischer*. Oslo, 2006 s. 297-316.

Høgberg, Alf Petter: *Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2000 s. 525-649.

Høgberg, Alf Petter: *Om rettsvitenskapens bruk av uttrykket "reelle hensyn" - kommentar til Morten Kinanders artikkel "Trenger man egentlig reelle hensyn"*. Lov og rett 2003 s. 609-626.

Høgberg, Benedicte Moltumyr: *Pragmatisk formalisme og vice versa – en kommentar til Hans Petter Graver*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2007 s. 421-429.

Jakhelln, Henning: *Obiter dicta – nei takk!* Lov og rett 1998 s. 129-130.

Jareborg, Nils: *Allmän kriminalrätt*. 1. utg. Uppsala, 2001.

Justisdepartementets lovavdeling: *Lovteknikk og lovforberedelse. Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*. 2000.

<http://www.regjeringen.no/upload/kilde/jd/bro/2000/0003/ddd/pdfv/108138-lovteknikkboka.pdf> [Sisert 28. februar 2008]

Koskinen, Pekka: *Synspunkter på några straffrättsliga konkurrensproblem* i Bratholm, Anders, Nils Christie og Torkel Opsahl (red.): *Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs*. 1. utg. Oslo, 1982 s. 185-195.

Kolflaath, Eivind: *Flertydige lovtekster*. Lov og rett 2004 s. 464-473.

Lilleholt, Kåre: *Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2002 s. 62-75.

Lødrup, Peter: *Arverett*. 5. utg. Oslo, 2008.

Matningsdal, Magnus: *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom*. Jussens venner 2002 s. 89-132.

Matningsdal, Magnus: *Grensen mellom skyld- og straffespørsmål*. Jussens venner 1998 s. 273-299.

Matningsdal, Magnus og Anders Bratholm: *Straffeloven. Første del. Kommentirutgave*. 2 utg. Oslo, 2003.

Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. Bergen, 2004.

Raz, Joseph: *Legal principles and the limits of law*. Yale Law Journal vol. 81, 1972 s. 823-854.

Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed*. 1. utg. København, 1953.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein: *Innføring i folkerett*. 3. utg. Oslo, 2006.

Røstad, Helge: *Innkast i straffefeltet. Utvalgte emner i strafferett*. 1. utg. Oslo, 1993.

Scheel, Herman: *Straffedommer på alternativt grunnlag*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1943 s. 1-35.

Scheie, Jon: *Den norske straffeprosess I*. 1. utg. Oslo, 1939.

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse* i Holgersen, Gudrun, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.): *Nybrot og odling. Festskrift til Nils Nygaard* s. 323-343.

Spiermann, Ole: *Moderne folkeret*. 2. utg. København, 2004.

Stenvik, Are: *Patenters beskyttelsesomfang*. 1. utg. Oslo, 2001.

Sundby, Nils Kristian: *Om normer*. 1. utg. Oslo, 1974.

Sæther Mæhle, Synne: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*. 1. utg. Oslo, 2005.

Tørum, Amund Bjøranger: *Konsekvens i formueretten*. Jussens Venner 2002 s. 314-339.

Ulväng, Magnus: *Påföljdskonkurrens – problem och principer*. 1. utg. Uppsala, 2005.

van Djik, Pieter, Fried van Hoof, Arjen van Rijn og Leo Zwaak (red.): *Theory and practice of the European convention on human rights*. 4. utg. Oxford, 2006.

Waaben, Knud: *Strafferettens almindelige del. I: Ansvarslæren*. 3. utg. København, 1993.

Zimmer, Fredrik: *Lærebok i skatterett*. 5. utg. Oslo, 2005.

Øyen, Ørnulf: *Fortsatt forbrytelse*. Jussens Venner 2005 s. 218-258.

Aarbakke, Magnus: *Harmonisering av rettskilder*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1966 s. 499-518.

Aarbakke, Magnus: *Kutymen som rettskilde*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1965 s. 432-473.

Aasland, Gunnar: *Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis*. Lov og rett 2006 s. 387-396.

11 Registre

11.1 Lover

11.1.1 Opphevede lover

- Lov 1842 angaaende Forbrydelser (kriminalloven)
- Lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven 1911)
- Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)
- Lov 8. mars 1935 om handelsnæring (handelsnæringsloven)

11.1.2 Gjeldende lover

- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven 1902)
- Lov 13. august 1916 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- Lov 21. februar 1930 om Skifte (skifteloven)
- Lov 23. oktober 1959 om oreigning av fast eiendom (oreigningslova)
- Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv (arveloven)
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- Lov 4. august 1998 nr. 53 om politiet (politiloven)
- Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

11.1.3 Endringslover

- Lov 4. juli 2003 nr. 76 om endringer i straffelova mv.

11.1.4 Lover som ikke har trådt i kraft

- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven 2005)

11.2 Konvensjoner

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms av 4. november 1950 (i kraft 3. september 1953). (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)).

11.3 Forarbeider

11.3.1 Utredninger

- Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. II. Motiver. Udarbejdet af den ved Kgl. Resolution av 14de November 1885 nedsatte Kommission. Kristiania 1896. (Straffelovkommissionens innstilling av 1896)
- NOU 1983:57
- NOU 1992:23
- NOU 2002:4
- NOU 2004:6

11.3.2 Odelstingsproposisjoner

- Ot. prp. nr. 38 (1964-1965)
- Ot. prp. nr. 62 (1980-1981)
- Ot. prp. nr. 109 (2001-2002)
- Ot. prp. nr. 90 (2003-2004)
- Ot. prp. nr. 60 (2004-2005)

11.4 Rettspraksis

11.4.1 Høyesterettsavgjørelser

- Rt. 1905 s. 715
- Rt. 1907 s. 532
- Rt. 1910 s. 231
- Rt. 1912 s. 215
- Rt. 1912 s. 263
- Rt. 1935 s. 42
- Rt. 1935 s. 697
- Rt. 1940 s. 25
- Rt. 1950 s. 709
- Rt. 1953 s. 1025
- Rt. 1957 s. 656
- Rt. 1960 s. 1409
- Rt. 1962 s. 263
- Rt. 1963 s. 753
- Rt. 1964 s. 787
- Rt. 1964 s. 1368
- Rt. 1968 s. 589
- Rt. 1970 s. 730
- Rt. 1971 s. 277
- Rt. 1973 s. 433
- Rt. 1975 s. 563
- Rt. 1976 s. 810
- Rt. 1978 s. 738 (L. nr. 71)
- Rt. 1979 s. 190
- Rt. 1980 s. 1021
- Rt. 1980 s. 1070
- Rt. 1980 s. 1219

- Rt. 1980 s. 1532
- Rt. 1982 s. 173
- Rt. 1982 s. 513
- Rt. 1983 s. 1357
- Rt. 1984 s. 8
- Rt. 1985 s. 281
- Rt. 1985 s. 520
- Rt. 1985 s. 584
- Rt. 1986 s. 260
- Rt. 1986 s. 903
- Rt. 1988 s. 65
- Rt. 1988 s. 1110
- Rt. 1989 s. 145
- Rt. 1989 s. 843
- Rt. 1990 s. 156
- Rt. 1991 s. 274
- Rt. 1991 s. 943
- Rt. 1991 s. 1538 (L. nr. 139b)
- Rt. 1992 s. 445
- Rt. 1992 s. 978
- Rt. 1992 s. 1463
- Rt. 1993 s. 1009
- Rt. 1994 s. 126
- Rt. 1994 s. 183
- Rt. 1994 s. 203
- Rt. 1994 s. 786
- Rt. 1995 s. 304
- Rt. 1995 s. 1491
- Rt. 1995 s. 1922
- Rt. 1996 s. 353

- Rt. 1997 s. 1771
- Rt. 1998 s. 1416
- Rt. 1998 s. 1510
- Rt. 1999 s. 408
- Rt. 2000 s. 373
- Rt. 2000 s. 1981
- Rt. 2001 s. 38
- Rt. 2001 s. 369
- Rt. 2002 s. 917
- Rt. 2005 s. 1524
- Rt. 2006 s. 964
- Høyesteretts kjennelse av 29. januar 2008 (HR-2008-165-A)

11.4.2 EMD-avgjørelser

- Mattoccia mot Italia, judgement av 25. juli 2000. Application no. 23969/94.
- Sipavicius mot Litauen, judgement av 21. februar 2002. Application no. 49093/99.